FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

# DU CAS FORTUIT

## ET DE LA FORCE MAJEURE

Dans les contrats de droit civil

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

Le samedi 14 mars 1896, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

Léon MARIE

Lauréat de la Faculté et du Concours général,
Avocat à la Cour d'appel.

CAEN
*IMPRIMERIE CH. VALIN*
7 ET 9, RUE AU CANU

1896

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

# DU CAS FORTUIT

## ET DE LA FORCE MAJEURE

Dans les contrats de droit civil

## THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

Le samedi 14 mars 1896, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

Léon MARIE

Lauréat de la Faculté et du Concours général.
Avocat à la Cour d'appel.

CAEN
*IMPRIMERIE CH. VALIN*
7 ET 9, RUE AU CANU

1896

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0009

*A MA FAMILLE*

---

A MES AMIS

## JURY D'EXAMEN :

MM. GUILLOUARD, *professeur*, PRÉSIDENT.

GAUCKLER, *id.*

BIVILLE, *agrégé*.

# INTRODUCTION

Deux personnes sont liées par un contrat, l'une, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, n'exécute pas son engagement : quel est le droit de l'autre contractant ? Précisons davantage : des parties en présence, laquelle va supporter les conséquences du cas fortuit ou de la force majeure, subir la perte qui en est le résultat ? — Tel est, ramené à ses termes essentiels, dégagé des éléments divers qui peuvent le compliquer ou l'obscurcir, le problème dont nous nous proposons l'étude sous ce titre : *du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats.*

D'une façon générale, en effet, dans le langage ordinaire du droit, ces termes, cas fortuit, force majeure, sont synonymes d'accidents, se rapportent à des événements préjudiciables à un titre quelconque ; soit qu'ils atteignent l'individu dans sa personne, entravent ou paralysent son activité, soit qu'ils le frappent dans ses biens, détériorent ou fassent périr quelque objet matériel, régulièrement ils se traduisent par ce fait : la disparition

d'un élément de fortune, une diminution de patrimoine, un appauvrissement à subir. — Sans doute, en raison, il n'est pas impossible de concevoir un avantage, un bénéfice quelconque, résultant d'un cas fortuit ou d'une force majeure ; mais, dans la réalité, l'hypothèse est si rare, les difficultés qu'elle soulève tellement ignorées dans la pratique, qu'elle n'a guère attiré l'attention du législateur, et, s'il convient de le signaler à l'occasion, il serait hors de propos de lui attribuer une importance qu'elle n'a pas. — Il en est tout autrement du cas fortuit et de la force majeure envisagés comme causes d'un dommage, se traduisant, dans les espèces qui vont surtout nous occuper, soit par la perte de la chose due, soit par l'impossibilité de réaliser le fait promis et aboutissant, dans tous les cas, à ce même résultat : l'inexécution d'une obligation conventionnelle.

Les explications nécessaires à cet égard peuvent se grouper autour de deux questions distinctes, mettant en jeu des principes différents, et qu'il importe de dégager dès l'abord : — l'une a trait à l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure ; — l'autre est la question des risques.

*L'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure ?*— Si ces événements étaient chose indifférente, s'ils n'étaient pas de nature à modifier les

rapports respectifs des contractants, en préesnce de ce fait, l'inexécution d'un contrat, quelle solution aurions-nous ? — En raison, ce serait la condamnation de celui qui n'a pas rempli d'une manière effective son engagement à s'exécuter, soit réellement, en fournissant la prestation due, soit par équivalent, en indemnisant l'autre contractant de tout le préjudice que lui cause le manquement à la convention intervenue. L'obligation née du contrat demeurerait intacte à la charge de celui qui ne s'est pas régulièrement acquitté ; et seul, nécessairement, ce dernier supporterait les conséquences du cas fortuit ou de la force majeure, subirait la perte qui en résulte, sans que la question pût se poser de savoir si elle doit ou non être rejetée sur l'autre contractant : — elle se pose, au contraire, avec les principes que mettent en jeu le cas fortuit et la force majeure.

Ceux-ci fournissent, en effet, à celui dont l'obligation n'a pas été exécutée le moyen d'échapper à la condamnation qui le menace : à la demande du créancier réclamant ce qui lui est dû, il peut opposer l'impossibilité où il se trouve d'y satisfaire par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, se prétendre libéré par un de ces événements, et se soustraire ainsi aux conséquences que nous indiquions à l'instant. — Pourquoi cet effet libératoire, dans quels cas et comment peut-il être invoqué ? Telle est la question qui naturellement se présente tout d'abord à l'esprit, et dont il n'est

pas besoin de faire ressortir l'importance dans la matière qui nous occupe.

Repousser le moyen de libération invoqué, rejeter, en droit, le principe sur lequel il repose, méconnaître, en fait, qu'il y ait lieu de l'appliquer, c'est, en effet, laisser entier le droit du créancier et, par une suite nécessaire, faire retomber sur le débiteur les effets dommageables des événements dont il aura vainement essayé de se prévaloir ; leur reconnaître au contraire le caractère de cas fortuit ou de force majeure, admettre qu'ils peuvent dégager l'une des parties de son obligation, c'est introduire un élément nouveau dans les rapports respectifs des contractants, modifier la situation créée par la convention, et, en dehors de l'intérêt que présente en lui-même cet effet libératoire, c'est soulever cette autre question : l'une des parties étant libérée, sur lequel des contractants la perte va-t-elle retomber ? — C'est la question des risques.

*Les risques ?* — Dans les contrats unilatéraux où aucune prestation n'est due par le créancier en échange des droits à lui conférés par la convention, la difficulté est aisément résolue : une seule obligation est née du contrat, le créancier ne peut plus s'en prévaloir ; il supportera donc normalement les conséquences du cas fortuit ou de la force majeure qui libère son débiteur.

Dans les contrats synallagmatiques, en revan-

che, et ce sont de beaucoup les plus importants et les plus nombreux, la question demeure entière et se complique.

L'une des parties est libérée, elle échappe à la condamnation, suite ordinaire de l'inexécution d'un contrat ; mais l'autre contractant qui ne peut plus rien réclamer, qui ne reçoit rien ou ne reçoit pas ce qu'il était en droit d'attendre, va-t-il être tenu encore de remplir l'obligation qui lui incombe ? Ou bien, à son tour, peut-il se déclarer libéré, répéter même ce qu'il aurait déjà fourni, son engagement ne pouvant survivre à celui qui en était la contre-partie ? — Tout est dans la réponse à donner à cette question. Adopter la première solution, obliger l'un des contractants à s'exécuter lorsqu'il n'a plus rien à recevoir en échange, c'est bien certainement faire retomber sur lui les conséquences du cas fortuit, puisqu'il se trouve privé de ce qui lui appartenait sans aucune compensation ; admettre la solution inverse, c'est, au contraire, faire supporter la perte par le débiteur, qui, en voyant s'évanouir le droit que lui conférait le contrat en retour de l'engagement pris par lui, est en définitive privé de tout le bénéfice qu'il avait pu espérer de l'acte intervenu : c'est mettre les risques à sa charge.

On voit quel lien étroit rattache cette question des risques à celle de l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure dont elle n'est, en

somme que la conséquence et le développement.

Quant au principe à l'aide duquel il faut les résoudre l'une et l'autre, il apparaît de lui-même: nous sommes en matière contractuelle ; les difficultés qui peuvent se rencontrer, à quel principe faut-il recourir pour les trancher, sinon à l'intention commune des parties contractantes, à la convention intervenue entre elles et qui a fixé leur situation respective ? Il faut donc décider d'après leur volonté plus ou moins formellement exprimée, plus ou moins certaine selon les modalités diverses qui peuvent affecter le contrat, selon les circonstances variables, imprévues, qui accompagnent le fait sujet à contestation. — C'est cette volonté qu'il y a lieu, en toute hypothèse, de s'efforcer de dégager ; c'est elle que nous aurons surtout à rechercher, tout en examinant dans quelle mesure le législateur en a tenu compte dans les cas expressément réglés par lui.

Dans cette étude, nous aurons à rapprocher d'une manière toute spéciale le système suivi par le droit romain de celui consacré par notre Code civil. Le droit des obligations avait, en effet, atteint à Rome un développement tout particulier ; les difficultés que nous rencontrons aujourd'hui s'y étaient présentées dans des termes identiques, avaient sollicité l'attention des jurisconsultes, et reçu une solution, solution que, le plus souvent, le législateur moderne s'est contenté de repro-

duire, ayant emprunté au droit romain, à de rares exceptions près, ses principes en matière contractuelle, et adoptant par suite, généralement, les conséquences qui logiquement en dérivent. Si des différences apparaissent parfois, elles proviennent de divergences de vues qu'il n'est pas sans intérêt de signaler, et sur lesquelles il importe de se prononcer.

# PREMIÈRE PARTIE

## CHAPITRE PREMIER

### DE L'EFFET LIBÉRATOIRE DU CAS FORTUIT ET DE LA FORCE MAJEURE EN GÉNÉRAL.

Le cas fortuit et la force majeure fournissent, avons-nous dit, à la partie dont l'obligation n'a pas été exécutée d'une manière complète et régulière, qui n'a pas été déliée de son engagement par un des modes ordinaires et volontaires de libération, le moyen d'échapper à la condamnation que normalement devrait entraîner pour elle ce manquement à la convention intervenue. C'est là une règle que nous retrouvons déjà à Rome, où, d'après Ulpien, *fortuitos casus nemo præstat* [1], dans notre ancien droit, où le cas fortuit ne donne lieu « à aucuns dommages-intérêts lorsqu'il empêche de faire ce à quoi on s'est obligé », [2] et qui est formulée dans les termes les plus généraux par notre

1. L. 29 *De reg. juris*, D. 50, 17.
2. POTHIER, *Des obligations*, nº 149.

Code civil dans son art. 1148 : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. »

Quelle est la base de cette règle ? à quelles idées admises par le législateur peut-elle bien correspondre ? C'est ce que nous avons à rechercher avant d'essayer de préciser le sens de ces termes, « cas fortuit, force majeure », avant d'examiner comment il y a lieu de faire l'application de la notion qu'ils renferment. Il suffira pour cela de faire appel à quelques principes élémentaires qui dominent la matière des obligations conventionnelles, à quelques notions historiques concernant le développement des contrats.

**A.** Un principe certain, sur lequel à l'heure présente aucune contestation ne saurait s'élever, c'est l'impossibilité pour une obligation quelconque de prendre naissance et de se former sans avoir un objet, sans porter, soit sur une chose matérielle réellement existante ou susceptible d'exister, soit sur un fait possible, réalisable légalement ou pratiquement parlant. Une obligation sans objet ou, ce qui revient au même, sans un objet possible, ne se conçoit pas ; elle manque de substance, c'est le néant ; et notre Code civil ne fait que proclamer une règle de raison depuis longtemps

reconnue [1] lorsque, dans son art. 1108, il exige, parmi les conditions essentielles requises pour la validité des conventions, « un objet certain qui fasse la matière de l'engagement », condition qui se trouve plus explicitement encore exprimée dans l'art 1126, aux termes duquel « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ».

Ce qui est exact pour la formation de l'obligation n'est pas moins vrai pour son existence une fois formée : elle ne saurait survivre à la disparition de ce qui faisait son objet. — Postérieurement au contrat, la chose due est mise hors du commerce, elle périt en tout ou partie ; l'obligation de donner ne peut continuer à exister dans des conditions où elle n'aurait pu se former : selon les cas, elle sera éteinte totalement ou partiellement ; elle ne portera plus sur la chose que dans l'état où celle-ci subsiste réellement et peut être livrée.— De même le fait promis devient d'une réalisation impossible ; pour une raison ou pour une autre, le législateur l'interdit et le déclare illicite ; ou bien encore l'acte dont le débiteur devait s'abstenir, il l'accomplit ; le fait qu'il avait pris l'engagement d'exécuter, il ne l'accomplit pas par suite de circonstances qui en rendent l'exécution impossible : comment l'obligation survivrait-elle à ce qui en

1. V. : l. 185 *De reg. juris*, D. 50, 17. — L. 33 *De verb. obl.*, D. 45, 1. — Inst. pr. *De oblig.* 3, 13. — Pothier. *Des obligations*, n° 649.

est la négation même, à ce qui empêche qu'elle ne puisse désormais être remplie dans les conditions mêmes fixées par le contrat ? Elle sera éteinte, soit pour le tout, soit pour partie, selon qu'elle était de nature à s'accomplir ou non en une seule fois, selon qu'elle imposait ou non au débiteur un seul acte ou une série d'actes succesifs, positifs ou négatifs.

« *Placet extingui obligationem, si in eum casum inciderit a quo incipere non potest* » écrivait déjà, sous l'empire de ces idées, le jurisconsulte Paul, à une époque où la notion de l'obligation conventionnelle était complètement dégagée en droit romain [1] ; et l'article 1302 du Code civil consacre la même règle lorsqu'il déclare « l'obligation éteinte si la chose a péri », principe sur lequel nous aurons à revenir, mais dont la portée, il faut le dire dès maintenant, n'est pas limitée à l'hypothèse spécialement prévue d'une obligation de donner un corps certain, mais, par identité de motifs, embrasse sans exception toutes les obligations conventionnelles.

Eh bien, c'est dans ce principe de l'extinction de l'obligation contractuelle faute d'objet que se trouve la base de l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure, principe qui doit être combiné avec une autre idée, celle de l'imputabilité,

1. L. 140, § 2 *De verb. obli.*, D. 45, 1. — L. 107 *De solut.*, D. 46, 3.

qui domine les rapports respectifs des contractants. — Impossibilité d'exécuter l'obligation contractée, absence d'imputabilité, tels sont en effet les deux termes de la règle que nous examinons en ce moment : nous venons d'indiquer le premier, établissons le second.

**B.** Si l'obligation est éteinte lorsque la chose due vient à périr, ou lorsque le fait promis ne peut plus être exécuté, ce principe comporte au moins un tempérament, demande une limitation.

C'est le débiteur qui détruit lui-même et avec intention la chose objet du contrat ; c'est lui qui manque volontairement à l'engagement pris et en rend l'exécution impossible : peut-il se trouver ainsi libéré par son propre fait, voir son obligation s'éteindre, et, par l'application logique d'un principe théorique, se soustraire aux charges qu'il avait régulièrement assumées ? — En équité, une semblable solution serait inacceptable ; en droit, elle équivaudrait à la négation même de toute obligation, et, en fait, elle n'a jamais été admise. C'est au contraire en présence d'un résultat tout différent que l'on se trouve, résultat dont il est possible, au point de vue juridique, de donner des explications diverses, explications entre lesquelles il n'est peut-être pas sans intérêt de choisir, d'abord parce qu'elles n'établissent pas de la même manière, au point de vue théorique, le rôle

du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats, ce qui est secondaire, et aussi parce qu'elles aboutissent sur certains points, comme nous le verrons, à des conséquences pratiques qui ont bien leur importance.

*a)*. Pour un système [1], soit, l'obligation de donner ne saurait survivre à la perte de la chose due ; l'obligation de faire ou de ne pas faire se trouve éteinte lorsqu'elle ne peut plus être remplie dans les termes mêmes du contrat ; mais c'est là un principe absolu qui ne saurait fléchir en aucun cas : d'obligation contractuelle il ne saurait être question lorsque son objet a disparu, que cette disparition, que cette impossibilité d'exécuter provienne de n'importe quelle cause, qu'elle résulte ou non du fait du débiteur. Seulement, à l'obligation qui s'évanouit ainsi, s'en substitue, à l'occasion, une autre contraignant le débiteur à réparer le dommage ainsi causé, à indemniser l'autre contractant du préjudice subi par lui par suite du manquement à la convention intervenue ; obligation nouvelle, distincte de la première par son origine, en ce sens du moins qu'elle a sa source dans le contrat d'une manière indirecte ; elle naît plutôt de la violation même de ce contrat, de cette loi particulière que se sont imposée les parties,

1. Lefèvre, *De la responsabilité ;* Revue critique, 1886, p. 499 et s. — Grandmoulin, *De la nature délictuelle de la responsabilité contractuelle.* (Thèse.)

résultant ainsi d'un fait qui constitue un véritable délit civil, au même titre que tout autre acte accompli en contradiction avec les dispositions de la loi générale ; — obligation nouvelle encore par son objet, toutes les fois du moins qu'au lieu de la chose matérielle, du fait primitivement convenu, elle aura seulement pour but d'obtenir des dommages-intérêts, et aboutira à une condamnation pécuniaire, à l'obtention d'une somme d'argent versée à titre d'indemnité.

Historiquement, d'ailleurs, cette opinion dont nous ne pouvons ici que résumer les arguments, trouve un appui dans le passé : est-ce qu'en effet, à Rome, à l'origine, cette idée d'une obligation, d'un lien de droit naissant d'une convention n'est pas totalement inconnue ? Seul le fait de ne pas satisfaire à l'engagement pris constitue un délit, donnant lieu d'abord à la vengeance privée, lorsque celle-ci était la seule sanction effective des rapports des particuliers entre eux, plus tard à une action lorsque, sous cette forme, le pouvoir social eut pris en main et réglementé l'exercice de la vengeance privée. — Et par la suite, la notion de l'obligation contractuelle une fois formée, le contrat envisagé comme créateur d'un lien de droit, est-ce que la conception primitive du délit résultant de la violation même de la convention n'a pas survécu, comme en témoignent et le caractère pénal si longtemps accentué des actions destinées à sanctionner les conventions, et ce

principe, qui a régné pendant tant de siècles, d'une condamnation ayant toujours pour objet une somme d'argent représentant la primitive composition pécuniaire ?

Dans notre ancien droit, dans le droit actuel, l'évolution de l'obligation contractuelle ne présente sans doute pas le même spectacle, et ne fournit pas un argument de même nature ; mais, en définitive, n'est-on pas conduit à adopter la même manière de voir, par suite de l'application logique des principes relatifs à l'extinction de l'obligation faute d'objet? — Si l'obligation née du contrat cesse d'exister lorsqu'elle ne porte plus sur rien, et elle cesse certainement d'exister lorsqu'il en est ainsi, comment forcer le débiteur à réparer les conséquences de son fait, sans mettre à sa charge une obligation nouvelle, obligation qui prendra sa source dans la violation même de l'engagement pris par lui, lorsque cet événement se produira dans certaines conditions déterminées. — Or, parmi ces conditions, il en est une d'essentielle, la nécessité d'une faute du débiteur, d'un fait qui lui soit imputable, pour donner naissance à cette obligation nouvelle qui le contraindra à réparer le préjudice causé ; mais, en l'absence de cette faute, l'obligation est et demeure éteinte.

*b)*. Pour une autre opinion, et c'est celle qui est le plus généralement admise, et à laquelle nous nous rangeons, ce principe de l'extinction de

l'obligation contractuelle faute d'objet, n'aurait pas le caractère absolu que l'on veut bien lui attribuer; le législateur ne s'est pas arrêté à cette conception, rationnelle sans doute, mais non dénuée d'une certaine subtilité, de deux obligations se succédant mutuellement, l'une prenant sa source dans la convention intervenue, l'autre résultant d'un véritable délit. D'une manière beaucoup plus simple, lorsque la nécessité s'en faisait sentir, lorsqu'il importait de donner prise sur le débiteur malgré la disparition de l'objet de son obligation, il a considéré celle-ci comme survivant à la perte même de la chose due ou à l'impossibilité d'exécuter le fait promis. Ces événements à eux seuls ne suffisent pas pour entraîner l'extinction de l'obligation; il faut encore qu'ils ne proviennent pas de la faute du débiteur; autrement, en dépit du changement survenue dans son objet, l'obligation conventionnelle subsiste; elle est toujours censée dériver du contrat, et se comporte comme telle.

C'était déjà le système suivi à Rome, lorsque, à la notion originelle de l'obligation naissant du seul délit, succéda celle plus exacte d'un lien de droit résultant du contrat lui-même; c'est ce que déclare formellement Paul: *Veteres constituerunt quoties culpa intervenerit debitoris perpetuari obligationem*[1]; et il n'y a pas à se méprendre ici sur la signification de ce terme *perpetuari*, qui se réfère,

1. L. 91, § 3, § 4 *De verb. obl.*, D. 45, 1. — Cf.: l. 88, in fin., *eod.* — L. 107. *De solut.*, D. 46, 3. — L. 44, *De op. libert.*, D. 38, 1.

non à la durée de l'action, mais à la survie de l'obligation à la perte de l'objet. Qu'importe que l'action destinée à la sanctionner ait conservé pendant longtemps, de son origine première, certains caractères pénaux plus ou moins accentués ? La nature contractuelle de l'obligation n'en est pas moins nettement proclamée, lorsque la loi romaine juge nécessaire d'échapper aux conséquences fâcheuses de la règle qui déclare l'obligation éteinte faute d'objet [1].

Notre ancien droit, tout en reconnaissant que l'obligation se perpétuait, s'il y avait lieu, « seulement par forme de dommages-intérêts », adoptait en définitive, et malgré quelque hésitation, le même point de vue [2]; et cette fiction, car c'en est une, mais fiction commode, qui évite de multiples difficultés de principe [3], a été, à n'en pas douter, admise par le Code civil, lorsque, dans l'hypothèse prévue par l'article 1302, où les règles relatives à la perte de la chose due et à l'extinction de l'obligation faute d'objet peuvent s'appliquer avec le plus de

1. Ces conséquences auraient dû être les suivantes : le débiteur, étant libéré de son obligation primitive, devait être traité comme un tiers quelconque qui cause à autrui préjudice. Il n'aurait dû être responsable, en principe, que de son fait actif ; de plus, l'action, étant purement pénale, aurait dû s'éteindre par la mort du débiteur ; enfin, dans les actions de droit strict notamment, au lieu de réclamer l'objet stipulé, il aurait fallu demander une indemnité, ce qui modifiait les conditions d'exercice de l'action. (V. Labbé, *De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, n° 5.)

2. Pothier, *Des obligations*, n° 664.

3. En substituant une nouvelle obligation à l'ancienne, n'y aurait-il pas une véritable novation ?

netteté, ce n'est pas seulement à la perte de la chose qu'il subordonne l'extinction de l'obligation, mais à la perte survenue sans la faute du débiteur ; une seule condition ne suffit pas, il en faut encore une seconde ; et, tant qu'elle n'est pas réalisée, en dépit de la logique des principes, le texte laisse entendre que l'obligation subsiste, avec sa nature, avec les caractères qui lui sont propres.

La faute du débiteur : quelque parti que l'on prenne sur la controverse, sur ce point le désaccord cesse en effet : dans l'un et l'autre système, on reconnaît la nécessité d'une faute, d'un fait imputable au débiteur pour entraîner sa condamnation, faute dont le rôle est diversement compris, mais dont les effets sont identiques.

Par elle seule, l'inexécution du contrat ne suffira donc pas pour constituer ce délit civil qui, d'après les uns, donnera naissance à cette obligation, destinée à remplacer l'obligation contractuelle éteinte ; au fait dommageable, il faudra encore qu'un autre élément vienne s'ajouter : la responsabilité du contractant, sans laquelle aucune obligation nouvelle ne peut naître.

Pour les autres, la perte de la chose due, l'impossibilité d'exécuter le fait promis, n'auront pas pour effet d'éteindre par elles-mêmes l'obligation contractée ; mais il faudra que cette perte survienne sans la faute du débiteur, que cette impossibilité ne lui soit pas imputable ; sinon, en dépit de la

rigueur des principes, l'obligation subsiste et continue à produire ses effets.

Dans tous les cas, l'absence de faute aboutira au même résultat, soit parce qu'elle empêchera une obligation nouvelle de naître à la charge du débiteur, soit parce qu'elle contribuera à éteindre celle dont il est grevé ; et si par cas fortuit il faut entendre, comme nous allons essayer de le démontrer, l'événement qui empêche l'exécution de l'obligation du débiteur sans une faute de sa part, nous saurons par là même par le jeu de quels principes, par quel mécanisme, en quelque sorte, s'explique cet effet libératoire, qui en est le signe caractéristique.

## CHAPITRE II

### DE LA PERTE DE L'OBJET DE L'OBLIGATION.

L'extinction de l'obligation faute d'objet, soit parce que la chose due est périe, soit parce que le fait promis est devenu impossible à exécuter, tel est, avons-nous dit, le point de départ de l'effet libératoire ou extinctif du cas fortuit ou de la force majeure ; sans revenir sur le principe lui-même, il convient d'en examiner les applications en ce qui concerne successivement les obligations de donner et celles de faire.

### SECTION PREMIÈRE

#### Obligations de donner.

##### § 1er

*Obligations de donner portant sur un corps certain.*

**A.** L'obligation de donner porte-t-elle sur une chose déterminée, sur un corps certain, la solution est bien simple : il est clair qu'en principe l'obligation ne saurait survivre à la perte de la chose qui en était l'objet ; perte matérielle ou perte juridique, le résultat à ce point de vue sera le même.

La chose est détruite, elle est décomposée matériellement de telle manière qu'elle ne peut reprendre sa forme primitive, ou bien encore elle est mise hors du commerce, elle perd son individualité juridique : dans tous ces cas, elle ne saurait continuer à faire l'objet d'une obligation. Celles qui ont été contractées en vue de la faire obtenir doivent se trouver par cela même éteintes, totalement ou en partie, selon que la perte sera totale ou partielle; elles ne sauraient survivre à la disparition de ce qui fut leur objet; s'éteindra donc l'obligation de donner la chose, d'en transférer la propriété lorsque le contrat par lui-même n'aura pas opéré ce transfert, comme en droit romain et dans notre ancien droit; disparaîtra également l'obligation de livrer l'objet convenu, lorsque, par le seul effet de la convention, la propriété en aura été transmise, comme en droit français : dans l'un et l'autre cas la solution est la même, le principe sur lequel elle repose identique.

*a).* Les textes romains nous ont conservé la trace de quelques difficultés qui s'étaient élevées lorsque la perte de la chose due, sa mise hors du commerce, étaient seulement momentanées et venaient à cesser au bout d'un certain temps; en pareil cas, l'obligation demeurait-elle éteinte définitivement ou bien au contraire pouvait-elle renaître et recommencer à produire ses effets ?

Ainsi, pour prendre une espèce prévue par les auteurs, l'esclave d'autrui a été stipulé; son maître l'affranchit, puis il retombe en esclavage : l'obligation née de la stipulation a-t-elle disparu pour toujours par le fait de l'affranchissement, un homme libre ne pouvant être valablement stipulé, même pour le cas où il deviendrait esclave? ou bien, au contraire, la promesse vaut-elle à nouveau et doit-elle être exécutée ?

Sans hésitation, Paul se prononçait dans le premier sens[1] : devenu libre, l'esclave ne pouvait plus être l'objet d'une stipulation ; celle qui avait été faite s'est donc évanouie faute d'objet, et elle n'a pu renaître lorsque l'affranchi est redevenu esclave. Ce n'était plus en effet la même chose ; l'objet primitivement convenu était disparu sans retour, et on se trouvait en présence d'un autre esclave, ayant une individualité juridique différente, exception faite toutefois pour le cas de l'esclave enlevé par l'ennemi et retombant en la possession de son ancien maître avec application de la fiction du *postliminium*.

Si telle était l'opinion de Paul, la solution inverse était, en revanche, adoptée par Celse, du moins au témoignage de son adversaire, car le Digeste ne relate pas expressément l'opinion de ce jurisconsulte dans le cas d'une obligation conventionnelle : pour lui, l'objet du contrat étant

1. L. 98, § 8, *De solut.*, D., 46, 3.

disparu seulement pour un temps, l'obligation n'était pas définitivement éteinte ; elle pouvait donc revivre. Et l'opposition entre sa doctrine et celle de Paul se manifeste formellement à propos des droits résultant d'un legs ; tandis que le premier, fidèle à son principe, répute pour non avenu le legs d'un esclave affranchi par la suite, puis retombé en esclavage [1], le second, à l'inverse, admet la validité du legs [2] ; solution moins juridique sans doute, mais plus pratique peut-être, dès l'instant qu'elle était limitée à l'hypothèse d'un testament, où la volonté du testateur doit surtout être prise en considération, inacceptable au contraire, si elle était étendue aux obligations conventionnelles, le contractant, libéré par une perte de l'objet qu'il a pu et dû croire définitive, ne devant pas se trouver à nouveau sous le coup d'une obligation qu'il a pu avec raison ne pas se mettre en mesure d'exécuter.

L'intérêt qui s'attache au point de savoir à quel moment la perte de l'objet dû peut être tenue pour définitive et entraîne sans retour l'extinction de l'obligation, avait conduit les jurisconsultes romains à des distinctions dans le détail desquelles nous ne pouvons entrer, distinctions parfois contestées et ne laissant pas, dans certains cas, d'être quelque peu subtiles ; telle cette difficulté sou-

1. L. 27, § 1, *De adim. vel transf. leg.*, D. 34. 4.
2. L. 70, § 3, *De legat. 3°*, D. 32. 1.

levée par Paul [1], et consistant à déterminer à quel moment on pourra considérer comme ayant cessé d'exister le navire que l'on démolit et qui se trouve reconstruit avec les mêmes matériaux, difficulté qu'il résolvait par la distinction suivante : le bâtiment avait-il été détruit avec l'intention de le rebâtir, juridiquement on sera en présence du même navire, et le contrat qui l'a pour objet demeurera entier ; l'intention du propriétaire du vaisseau était-elle de le démolir sans vouloir le réédifier, il aura cessé pour toujours d'exister ; et, si les matériaux servent néanmoins à reconstruire un autre navire, ce ne sera plus le même : l'obligation qui portait sur le premier sera éteinte [2].

Mais, quoi qu'il en soit des espèces prévues et des distinctions proposées, on peut tenir pour vrai d'une manière générale, en droit romain, le principe suivant : dans tous les cas où une chose cesse physiquement ou juridiquement d'exister, l'obligation dont elle formait l'objet s'éteint, et ce, d'une

1. L. 28, § 8, *De solut.*, D. 46. 3.

2. Dans le même texte, l'hypothèse suivante est prévue : le fonds d'autrui a été stipulé ; le propriétaire élève dessus une construction, l'obligation est-elle éteinte ? Paul répond par la négative : l'objet dû est toujours « *in rerum natura* », et, après tout, le débiteur est en faute de n'avoir pas pris les mesures pour réaliser sa promesse ; à défaut du fonds, il devra l'estimation. A cette opinion on a prétendu opposer celle de Celse (L. 79, § 2, *De legat.*, 3°), d'après laquelle le légataire ne pourrait réclamer de l'héritier le fonds d'autrui qui lui a été légué, lorsque le propriétaire a élevé des bâtiments sur lui : la contradiction est plus apparente que réelle, les hypothèses prévues étant essentiellement différentes.

façon définitive, sans pouvoir renaître plus tard pour une cause ou pour une autre : « *in perpetuum sublata obligatio, restitui non potest* [1]. »

*b)*. Dans notre droit, des difficultés du genre de celles qui précèdent ne sont guère à craindre, au moins lorsque l'obligation porte sur un corps certain. D'une part, la nullité qui frappe la vente de la chose d'autrui empêche les contrats les plus fréquents qui peuvent avoir pour objet une chose appartenant à un tiers, hypothèse à laquelle se réfèrent le plus souvent les jurisconsultes romains ; et, d'un autre côté, les principes relatifs au transfert de la propriété par la seule convention des parties, mettent à même le propriétaire de défendre efficacement son droit contre tout ce qui pourrait le menacer, sans avoir besoin de recourir à l'intermédiaire du débiteur. Aussi, c'est plutôt dans l'hypothèse d'une obligation portant sur des choses de genre que l'on peut concevoir, et encore combien rare, cette extinction d'une obligation par suite d'une mise hors du commerce momentanée, venant à cesser au bout d'un certain temps ; mais, l'occasion s'en présentant, ce seraient, à n'en pas douter, les règles traditionnelles qui viennent d'être exposées dont il y aurait lieu de faire l'application. Faute d'objet, l'obligation s'est, à un moment donné, trouvée

1. L. 98, § 8, a. 2, *De solut.*, D. 46. 3.

éteinte : l'art. 1302 est formel à cet égard ; elle ne saurait revivre, parce que le fait qui a amené la destruction de la chose, du moins au sens juridique du mot, vient à cesser d'une manière aussi imprévue peut-être qu'il était survenu. Adopter la solution inverse, ce serait donner ouverture aux surprises les plus graves ; ce serait faire tomber le débiteur sous le coup d'obligations dont il avait pu à juste titre se croire dégagé, obligations qu'il n'aurait sans doute pas contractées dans la situation nouvelle où il se trouve.

Si la solution ne nous paraît pas douteuse dans un cas qui n'est pas prévu expressément par les textes, en revanche ce serait tomber dans l'erreur que de prendre à la lettre l'assimilation établie par l'art. 1302 entre la destruction matérielle de la chose objet du contrat et le cas où celle-ci « est perdue, de manière qu'on en ignore absolument l'existence ». Dans l'une et l'autre circonstance, l'obligation est éteinte, dit le texte, « mais avec cette différence néanmoins, qu'une chose qui a cessé d'exister ne pouvant plus revivre, le débiteur est quitte de son obligation absolument lorsque la chose a cessé d'exister ; au lieu qu'une chose perdue pouvant se retrouver, le débiteur n'est quitte, en ce cas, de son obligation que pendant qu'elle sera perdue, et au cas qu'elle ne se retrouve pas. »

Ces explications sont celles données par Pothier, auquel est emprunté l'exemple visé par le texte [1] ;

1. *Des obligations*, n° 656.

et, il est à peine besoin de le dire, elles fournissent encore aujourd'hui le commentaire le plus exact de la disposition de l'art. 1302. La chose est perdue, égarée ; on en ignore l'existence, et cette perte est la conséquence d'un cas fortuit, d'une force majeure ; oui, en pareil cas, l'obligation de livrer sera éteinte, mais en ce sens seulement que le débiteur ne pourra être tenu de livrer immédiatement, à l'instant où on réclamera l'exécution du contrat. Il opposera avec succès l'impossibilité où il se trouve sans sa faute de satisfaire le créancier. Mais, que la chose rentre aux mains de celui qui devait la livrer, qu'elle y rentre telle, au point de vue juridique, qu'elle en était sortie, sans que la prescription notamment l'ait fait passer légitimement aux mains d'un autre, il n'en est pas moins certain qu'en principe il pourra être tenu de s'exécuter : son obligation, plutôt paralysée qu'éteinte, apparaîtra dans toute sa force, et elle produira, tardivement peut-être mais certainement, les effets qu'un accident l'a seul empêchée de produire plutôt.

**B.** Pour terminer, une remarque s'impose, qui s'applique en principe à toutes les obligations portant sur un corps certain : lorsque, dans ces hypothèses, le débiteur se trouve libéré par un cas fortuit ou une force majeure, il est au moins tenu de remettre au créancier ce qui peut rester de l'objet dû, s'il n'est pas matériellement détruit

d'une façon absolue; en tout cas, il doit céder les droits et les actions qni peuvent lui compéter à propos de cet objet.

*a)*. Dans le droit romain, la question n'avait jamais fait de doute, lorsque le créancier à sa qualité de créancier joignait celle de propriétaire de la chose due : tels le déposant, le prêteur à usage, par exemple. A ce titre, et par l'action en revendication, il pouvait naturellement réclamer ce qui restait des choses à lui appartenant, et, de plus, c'était en sa personne que naissaient directement les actions qui pouvaient lui compéter contre des tiers pour se faire indemniser du préjudice causé : *actio legis Aquiliæ, actio furti,* etc.

Le créancier, au contraire, était-il simplement créancier, ayant seulement un droit personnel pour obtenir la chose convenue, la convention n'ayant pas, on le sait, pour effet de déplacer elle-même la propriété, c'était en la personne du débiteur demeuré propriétaire que naissaient tous les droits et actions qui peuvent apparaître à l'occasion de la perte de l'objet dû. Seulement, en vertu du contrat, du moins lorsque ce contrat était de bonne foi, il était tenu de céder ces droits au créancier[1], sous peine d'encourir une responsabilité, s'il n'était pas en mesure de le faire[2]

1. L. 31 pr., § 1, *De act. et vend.*, D. 19, 1. — L. 14, *De furtis* D. 47, 2. — § 3 *, *De empt. et vend.*, Inst., 3, 23.

2. L. 35, § 4, *De contrah. empt.*, D. 18, 1.

solution fort rationnelle, car, si le débiteur est libéré, encore est-ce à la condition qu'il ne conservera rien de la chose qu'il devait donner.

Il faut donc réserver pour l'hypothèse qu'elle prévoit expressément cette décision de Paul en matière de legs : *Mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur*[1]. L'obligation de l'héritier vis-à-vis du légataire n'a pas sa source dans un contrat ; tout au plus dérive-t-elle d'une sorte de quasi-contrat, et la solution donnée au texte, si peu acceptable en raison, est au moins étrangère à la matière des obligations conventionnelles.

Ajoutons toutefois que, dans les contrats de droit strict, la convention des parties s'interprétant à la lettre, le débiteur n'était point tenu de céder de la même manière ses actions au créancier ; ce dernier n'avait en principe contre lui que l'action de dol, en raison du préjudice à lui causé.

*b)*. Dans notre ancien droit, lorsque, sur la même tête, se réunissaient les qualités de créancier et de propriétaire, il n'a jamais été contesté que ce dernier ne pût réclamer tout ce qui pouvait rester de la chose lui appartenant, après la survenance du cas fortuit et de la force majeure, et qu'il n'eût de plein droit toutes les actions qui pouvaient

1. L. 42 pr. *De leg.*, 2e D., 31, 1. — Bien que le texte ne distingue pas, il devait en être différemment lorsque, par suite de l'adition d'hérédité, le légataire devenait propriétaire de la chose léguée, et avait l'action en revendication. (L. 49, § 1, *De rei vind.*, D. 6, 1 ; L. 14, § 2 *De condict. furt.*, D. 13, 1.)

apparaître à l'occasion de la perte de l'objet ainsi détruit.

Des difficultés avaient été, au contraire, soulevées lorsque le créancier, n'ayant qu'un simple *jus ad rem*, prétendait réclamer ce qui restait de l'objet à lui dû et réduit, par suite du cas fortuit, à l'état de simples débris, de telle manière que ce qui en subsistait ne pût être regardé comme une partie de cette chose. Et, pour prendre l'exemple fourni par la loi romaine, « la mort du bœuf est une extinction totale de la chose qui m'était due : on ne peut pas dire que ce bœuf qui m'était dû subsiste encore depuis sa mort pour quelque partie. La peau de ce bœuf est bien quelque chose qui reste de ce bœuf; mais on ne peut pas dire que ce soit proprement une partie du bœuf vivant qui m'était dû ; y ayant une extinction totale de la chose due, l'obligation doit être totalement éteinte : je ne puis rien demander pas même la peau ; car ce n'est que le bœuf que vous vous êtes obligé de donner. Il n'a pas été question entre nous de la peau qui en resterait après sa mort; vous ne vous êtes pas obligé de me donner cette peau ; ce n'est pas cette peau qui m'est due, et, par conséquent, je ne puis avoir aucun droit de vous la demander[1] ».

Avec sa logique habituelle, Pothier réfutait facilement ce raisonnement : en équité, ne serait-il pas absolument injuste que le débiteur profitât

1. Pothier, *Des obligations*, n° 669.

ainsi du malheur qui vient fondre sur le créancier, et parce que l'accident est survenu avant la tradition opérée, qu'il conservât une partie de ce qu'il devait donner en entier ? En droit, « il n'est pas révoqué en doute que, de quelque manière qu'une chose qui m'appartient soit périe, ce qui reste de cette chose m'appartient pareillement. Or, si le *jus in re*, si le droit qu'on a dans une chose, tel qu'est le *dominium* ou droit de propriété, continue de subsister après l'extinction de la chose, dans ce qui en reste, pourquoi le *jus ad rem*, le droit qu'on a par rapport à une chose, le droit de créance d'une chose, ne continuera-t-il pas pareillement de subsister, après l'extinction de la chose, dans ce qui en reste » ? [1]

On objecte l'extinction totale de la chose. Mais c'est précisément là qu'est l'erreur : l'objet dû n'a pas tellement disparu qu'ils n'en reste rien, et c'est ce qui en reste qui doit être livré : — la convention portait sur un bœuf vivant ? on ne s'est pas obligé de donner la peau qui en resterait après sa mort ? Expressément, non ; mais tacitement, implicitement, on s'est engagé à livrer « tout ce que cette chose renferme et contient, et, par conséquent, tout ce qui en restera après l'extinction de cette chose ».

Enfin, si le débiteur possède quelques droits ou actions par rapport à la chose due par lui, il va de

1. Pothier, *eod.*

soi qu'il est tenu de subroger le créancier auxdits droits et actions, et qu'il ne saurait en conserver le bénéfice par devers lui, pas plus qu'il n'a le droit de conserver une partie quelconque de l'objet du contrat.

*c).* Des discussions comme celles qui précèdent n'ont plus leur raison d'être sous l'empire du Code civil, en présence du principe consacré dans les articles 711 et 1138 du transfert de la propriété par le seul effet des conventions. Le créancier d'un corps certain en devenant immédiatement propriétaire, il n'est pas douteux qu'il n'ait le droit de revendiquer tout ce qui subsiste de la chose lui appartenant ; et, si l'on suppose le cas tout à fait exceptionnel où les parties auraient subordonné le transfert de la propriété à la tradition, la solution consacrée par notre ancien droit s'appliquerait sans hésitation ; le droit de créance survivrait sur tout ce qui resterait de l'objet dû. — Quant aux droits et actions qui peuvent apparaître à l'occasion de la perte de la chose, est-il besoin de le dire, ils naîtront directement dans la personne du créancier devenu propriétaire, et l'article 1303 pose un principe à peu près sans application, quand il déclare : « Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. » Cette cession, cette subro-

gation se comprenait et était nécessaire lorsque la propriété était déplacée par un acte à part, distinct de la convention des parties, comme à Rome et dans notre ancien droit; à l'heure actuelle, elle n'a plus de raison d'être. Même si les contractants avaient subordonné expressément le transfert de la propriété à une tradition, le créancier aurait encore, dans notre droit, le moyen de se faire indemniser directement du préjudice causé, en vertu de l'article 1382 notamment; il n'aurait pas, il est vrai, l'action en revendication, et c'est pour ce seul cas, tout à fait exceptionnel, que la disposition de l'article 1303 trouve à s'appliquer; autrement, elle serait d'une inutilité complète, et sa présence dans le Code ne se justifierait à aucun point de vue.

§ 2

*Obligation de donner portant sur des choses de genre.*

Lorsque l'obligation porte sur un corps certain, son extinction par suite de la perte de la chose due se conçoit facilement, et, en fait, se présente assez fréquemment; le cas est beaucoup plus rare, au contraire, lorsque l'obligation porte sur des choses de genre.

Les genres ne périssent point en effet, ou tout au moins ils ne périssent que d'une manière exceptionnelle; pour concevoir leur disparition, il faut supposer des événements comme une loi les

mettant hors du commerce [1], l'établissement d'un monopole ; autrement, le genre subsiste, les objets promis peuvent être fournis, l'obligation peut être exécutée, elle ne saurait s'éteindre faute d'objet.

La convention des parties peut, d'ailleurs, limiter elle-même l'étendue du genre dans lequel doivent être pris les objets promis ; c'est ce qui arrivera toutes les fois que le contrat portera sur des choses d'une provenance déterminée, ou faisant partie d'un ensemble plus nettement encore déterminé : en pareil cas, l'extinction de l'obligation par suite de la disparition du genre entier pourra se présenter encore assez fréquemment. Mais, autrement, le débiteur ne pourra s'attendre à être libéré que lorsque l'objet de son obligation sera spécialisé par une désignation régulièrement faite des objets qu'il entend consacrer à l'acquittement de sa dette, désignation qui aura lieu à l'aide d'offres acceptées par le créancier, ou suivies d'une consignation régulière est valable : l'obligation désormais ne porte plus sur des choses de genre, mais sur un corps certain, et l'application des principes précédemment exposés s'effectue sans difficulté.

Parmi les obligations de choses de genre, il en est une qui mérite une mention particulière, c'est l'obligation la plus répandue peut-être : celle qui

1. Tel le décret des 27 avril-3 mai 1848, abolissant l'esclavage dans les colonies françaises.

porte sur une somme d'argent. Son extinction faute d'objet ne se conçoit pas, à celle-là, et tous les accidents, tous les malheurs, fussent-ils le plus immérités du monde, qui peuvent atteindre le débiteur, ne sauraient avoir pour effet de le dégager de sa dette [1]. S'il ne peut payer, ce sera toujours, en effet, par suite d'une raison à lui particulière, et jamais pour un motif absolu comme la disparition d'un genre entier ; l'obligation continuera donc à faire partie du passif de son patrimoine. — D'ailleurs, il n'est pas douteux que l'argent peut, comme toute autre chose, être individualisé, et qu'une somme quelconque peut être envisagée comme corps certain, avec toutes les conséquences qui en dérivent si elle vient à périr par cas fortuit [2] : tout dépendra des termes de la convention, de la désignation spéciale qui y aura été faite de la somme dont il s'agit.

## SECTION II.

### Obligations de faire.

Les obligations de faire comportent également l'application des principes dont le jeu vient d'être indiqué relativement aux obligations de donner,

1. On comprend à peine que le droit romain ait cru devoir consacrer en termes exprès ce principe : *Incendium ære alieno non exuit debitorem.* (L. 11. Code civ. 4, t. 2.— Cf. Demolombe, t. 24, n° 550.)

2. L. 37. *De verb. oblig.* D. 45, 1.

et ils conduisent aux mêmes résultats, en ce qui concerne l'extinction de l'obligation faute d'objet.

Une distinction est à faire cependant : ou bien le fait promis est devenu impossible en lui-même d'une manière absolue ; ou bien l'impossibilité est simplement relative. Nous nous expliquons.

Supposons d'abord le fait impossible en lui-même, et ce d'une manière absolue. — Ainsi, le contrat une fois formé, la loi prohibe l'acte promis ; de permis qu'il était, il devient illicite ; n'avons-nous pas alors l'équivalent de ce qui se passe lorsque la chose due est mise hors du commerce ? L'obligation de faire, elle aussi, doit se trouver éteinte faute d'objet, et cela d'une manière définitive, du moins en principe, sans qu'il puisse être question de la voir renaître si la prohibition légale venait à disparaître, exception faite toutefois pour le cas où la prohibition serait établie seulement pour un temps fixé d'avance, et constituerait, non une impossibilité absolue, mais un empêchement momentané insuffisant peut-être, comme nous allons le voir, pour libérer le débiteur. — De même le débiteur s'était engagé à accomplir un acte nécessitant absolument son concours personnel, et il vient à décéder : il est clair qu'il ne peut plus être question de lui faire tenir un engagement de cette nature. En lui-même, le fait promis est devenu absolument impossible ; l'obligation de faire se trouve dans la même

situation que l'obligation de donner lorsque la chose due est périe : il n'y a pas de différence à faire entre les deux hypothèses au point de vue de l'existence de l'obligation.

Mais, ces hypothèses mises à part dans lesquelles les principes précédemment exposés s'appliquent de toute évidence étant donné l'impossibilité absolue d'exécuter le fait promis, bien plus fréquent est le cas où, par lui-même, le fait dû n'est pas impossible, incapable en quelque sorte d'exister, si toutefois semblable expression peut être employée en cette occasion. Tout au contraire il est, humainement parlant, susceptible d'être réalisé ; seulement, par suite des circonstances, le débiteur est hors d'état de l'exécuter ; des difficultés sont survenues qu'il n'a ni la force ni les moyens d'action nécessaires pour vaincre ; des obstacles se sont présentés qu'il ne peut surmonter et qui l'empêchent de tenir son engagement : dans ces conditions, peut-il être, comme précédemment, question de l'extinction de l'obligation faute d'objet ? Les règles ci-dessus indiquées trouvent-elles encore à s'appliquer ? Et si l'on adopte l'affirmative, encore est-il qu'elle n'apparaît pas à première vue, qu'elle a besoin d'être justifiée.

Sur ce point, il est d'abord une explication qui, si elle était exacte, trancherait aisément toute difficulté.

Dans l'obligation de faire, peut-on dire, le débiteur est tenu, soit de s'abstenir d'un acte déterminé, soit d'accomplir un fait positif quelconque : eh bien, si, malgré l'engagement ainsi pris par lui, le débiteur accomplit le fait qu'il s'était interdit, s'il n'exécute pas l'acte auquel il était tenu, est-ce que par cela même son obligation ne va pas se trouver éteinte, et éteinte faute d'objet, par suite de l'impossibilité absolue de l'exécuter ? — Et en effet, l'acte défendu par le contrat, le débiteur l'a précisément accompli : comment son obligation pourrait-elle désormais être intégralement accomplie dans les termes mêmes où elle a été primitivement contractée ? comment revenir sur ce qui a été fait, supprimer le passé et empêcher qu'il n'ait été réellement contrevenu à l'engagement pris ? Sans doute, une condamnation pourra être encourue s'il y a eu faute de la part du contractant ; à l'obligation qui disparaît s'en substituera une autre naissant de la violation même du contrat, ou tout au moins, en pareil cas, l'obligation ancienne pourra être fictivement considérée comme survivant encore ; mais autrement le débiteur aura par lui-même rendu impossible l'exécution de son engagement, qui disparaît ainsi faute d'objet. — Et, dans l'obligation de faire portant sur un fait positif, le même raisonnement s'applique : le débiteur n'a pas satisfait à son obligation au moment où il le devait ; il n'y a pas à revenir là-dessus, on ne fera jamais qu'elle

ait été et puisse désormais être exécutée comme elle devait l'être ; son objet est donc changé, et, par conséquent, il faut la tenir pour disparue.

Au point de vue théorique, abstrait, ce raisonnement peut être exact ; en tout cas il convient fort bien au système écarté précédemment, qui admet la substitution d'une obligation nouvelle à celle née du contrat, lorsque le débiteur ne satisfait pas à son engagement. Mais il repose sur une analyse trop raffinée de la nature de l'obligation pour avoir jamais été adopté au point de vue positif ; poussé à ses dernières conséquences, il conduirait à soutenir que l'obligation contractuelle disparaît aussi bien lorsque le débiteur s'exécute que lorsqu'il ne s'exécute pas : dans un cas, il acquitte sa dette ; dans l'autre, il en change l'objet en en rendant l'exécution impossible dans les termes convenus ; dans l'une et l'autre espèce elle disparaîtrait. Or, en chercherait en vain, dans les textes, trace d'une pareille doctrine.

Tout autre est le point de vue auquel le législateur semble s'être placé, et qu'il n'est sans doute pas impossible de déterminer, malgré le silence observé par lui au regard des obligations de faire et de leur extinction faute d'objet.

Nous avons signalé en effet précédemment l'assimilation établie par l'art. 1302 entre l'hypothèse où la chose due est périe, et celle où elle est simplement perdue de telle manière qu'on en

ignore l'existence. Dans l'un et l'autre cas, d'après la disposition formelle du Code civil, l'obligation est éteinte ; et cependant, s'il apparaît clairement que celle-ci n'a plus d'objet dans la première hypothèse, la même solution n'est plus aussi évidente dans la seconde, alors que la chose est peut-être encore existante ; l'assimilation semble donc manquer de base. Seulement, si l'objet dû existe encore, en fait le débiteur est dans l'impossibilité de le livrer ; et, si cette impossibilité équivaut à la perte de la chose, c'est parce qu'elle se présente dans des conditions telles, que le débiteur ne puisse réellement être considéré comme manquant à son engagement. Par le contrat, il s'est obligé à déployer une certaine diligence, à dépenser une certaine somme d'efforts pour remettre la chose promise au créancier ; au delà, il n'est plus tenu de rien. Son obligation cesse donc lorsque des obstacles, des difficulté s'opposent à sa réalisation, obstacles dépassant l'étendue de l'engagement pris par le débiteur, difficultés qu'il ne pourrait vaincre, si tant est qu'elles puissent être surmontées, qu'en déployant une activité et une énergie supérieures à celles qu'il a promises. L'obligation est donc impossible à exécuter ; elle est par suite sans objet, sinon au sens rigoureux, technique du mot, du moins au point de vue de la convention intervenue, et l'on conçoit que l'article 1302 ait mis sur le même pied et la perte de la chose due, et l'impossibilité de donner cette chose,

fût-elle due à toute autre cause que sa destruction.

Mais ce qui s'applique à cette obligation de faire particulière qui s'appelle obligation de livrer, ne s'applique-t-il pas, par identité de motifs, à toutes les obligations de faire sans exception. Celles-ci n'ont plus d'objet, on ne le conteste pas, lorsque le fait promis est devenu illicite, par exemple : la théorie ne doit-elle pas être étendue? et, lorsque la convention a expressément ou tacitement déterminé la somme de diligence ou d'efforts dus par le débiteur, celui-ci n'est-il pas libéré quand des obstacles se présentent qu'il n'est pas tenu de surmonter? son engagement n'est-il pas désormais sans objet comme dans l'hypothèse précédente?

Une différence avec celle-ci est à signaler cependant. Lorsque le fait promis devient illicite, ou bien encore lorsqu'il est impossible par lui-même comme en cas de décès du promettant tenu d'un fait personnel, aucune contestation ne saurait s'élever sur la nature de la difficulté qui empêche le débiteur de s'exécuter; on se trouve en présence d'une impossibilité absolue; il y aura seulement à rechercher si elle est bien le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Dans les autres hypothèses, au contraire, il y aura à apprécier la nature de l'obstacle apporté à la réalisation de l'obligation du débiteur. En principe, en effet, il ne suffira pas qu'il rencontre dans l'exécution de

son engagement plus de difficultés qu'il n'en avait prévu au moment où il a contracté; il faudra qu'il se trouve réellement en présence d'un obstacle qu'il ne peut vaincre avec les moyens dont il dispose et dont il est tenu de disposer; autrement, il y aurait de sa part un véritable refus d'exécution, ou tout au moins il serait en faute de n'être pas en mesure de satisfaire à son engagement par les voies et moyens sur lesquels le créancier était en droit de compter en s'adressant à lui: — il y a là avant tout une question de fait dans l'examen de laquelle nous ne pouvons entrer.

Ce serait également une question de fait que celle de savoir si l'obligation est éteinte lorsqu'un obstacle seulement momentané, dont la cessation est certaine, empêche pour un temps l'exécution du contrat. Que le créancier soit tenu de supporter le retard non imputable au débiteur, rien de plus certain; qu'il ne puisse, l'obstacle venant à disparaître, exercer son droit, c'est ce qui dépendrait avant tout des termes de la convention intervenue, du but que se sont proposé les parties, du point de savoir si le débiteur n'a pas entendu être tenu de s'exécuter pendant un certain délai seulement: questions qui ne comportent pas une réponse absolue, et exigent une appréciation individuelle de chaque espèce.

## SECTION III.

### Obligations alternatives.

L'obligation alternative peut porter soit sur plusieurs choses individuellement déterminées et pouvant l'une et l'autre, soit au choix du créancier, soit au choix du débiteur, servir à l'acquittement de la dette contractée ; elle peut porter encore sur des choses indéterminées, à prendre parmi des genres différents ; enfin, les obligations de faire elles-mêmes peuvent être contractées sous la même modalité ; elles peuvent même se combiner avec les obligations de donner. Selon les cas, les difficultés varieront sur le point de savoir quand on peut considérer comme perdue l'une des choses comprises dans l'alternative, tenir pour détruit l'un des genres dans lesquels le choix pouvait être exercé, considérer comme impossible l'un des faits promis ; elles devront être résolues d'après les règles qui viennent précédemment d'être indiquées pour chaque hypothèse particulière. Quant aux principes tenant uniquement au caractère alternatif de l'obligation, ils sont identiques dans tous les cas, et demandent quelques explications.

Pour simplifier, supposons une obligation alternative portant sur des choses individuellement

déterminées ; les indications à donner seront plus faciles à suivre en prenant cet exemple.

Il est d'abord un cas qui ne saurait soulever de difficultés :

Toutes les choses comprises dans l'alternative ont-elles péri par cas fortuit ? il est évident que l'obligation est éteinte faute d'objet, conformément aux règles ordinaires du droit. (Art. 1155 C. civ.) Nous devons même ajouter qu'en principe l'extinction de l'obligation alternative ne se conçoit que lorsque tous les objets qui y étaient compris sont détruits par cas fortuit : à ce moment-là seulement on peut dire qu'elle n'a plus d'objet.

En sens inverse, les choses déterminées qui pouvaient être données ont-elles toutes été détruites par la faute du débiteur ? personne ne conteste que la responsabilité de celui-ci ne soit engagée, qu'il ne puisse être question pour lui de libération, sauf à discuter le chiffre de l'indemnité due. (Art. 1194 C. civ.)

C'est seulement lorsqu'une seule des choses dues aura péri par cas fortuit, l'autre subsistant ou ayant cessé d'exister par la faute du débiteur, que certaines contestations résultant du caractère alternatif de l'obligation pourront s'élever ; contestations qu'il faudra résoudre en distinguant si le choix appartient au créancier, ou s'il a été au débiteur.

Il nous faut dans cet examen tenir compte, dans

une plus large mesure que nous ne voudrions, de l'influence de la faute du débiteur lorsque ce dernier fait périr lui-même l'une des choses comprises dans l'alternative ; mais cela est indispensable pour indiquer quel est l'effet du cas fortuit au regard de l'autre objet de l'obligation.

**A.** — *Le choix appartient au créancier.*

*a).* Le choix appartient-il au créancier, et avant qu'il ne l'ait exercé et ait ainsi spécifié la chose qu'il entend recevoir, l'une d'elles vient-elle à périr par cas fortuit ? Évidemment le débiteur ne saurait se prétendre libéré. L'obligation peut, en effet, être exécutée ; il existe encore un objet susceptible d'être donné ; mais, bien entendu, seule la chose qui subsiste peut désormais être réclamée, l'obligation se concentre sur elle en quelque sorte ; et, en tout cas, le créancier ne serait pas fondé à exiger la valeur de celle qui est disparue, fût-elle supérieure ou non à celle de l'objet qui subsiste. Le débiteur a entendu être tenu de donner une chose déterminée, et non pas une somme d'argent ; il ne peut être question de transformer ainsi son obligation sans une faute de sa part. (Art. 1194 C. civ) [1].

Il en serait autrement, au contraire, si la perte de l'une des choses dues était imputable au débi-

1. Cf. : l. 95, *pr. De solut* , D. 46, 3. — Pothier, *Des obligat.*, n° 250.

teur; il ne saurait ainsi, par son fait, priver le créancier du droit de choisir qui lui appartenait, et il est très rationnel d'accorder à ce dernier la faculté de réclamer, ou la valeur de celle qui a été détruite, ou celle qui subsiste (art. 1194-2° C. civ.); autrement, la faute du débiteur lui serait préjudiciable, si celle qui est périe était la plus précieuse des deux [1].

Ajoutons encore, et pour la même raison, que le débiteur ne serait pas davantage libéré, si, après avoir perdu l'une des choses par sa faute, l'autre venait ensuite à périr par cas fortuit: seulement, en pareille hypothèse, quel serait le droit du créancier ? Le Code civil lui permet de réclamer, à son choix, le prix de l'un ou de l'autre objet (art. 1194-3°): c'est-là une disposition d'une sévérité exagérée et critiquable au point de vue juridique ; s'il est juste que le débiteur réponde du préjudice causé par sa faute, il est inique de mettre à sa charge celui résultant d'un cas fortuit, et c'est ce que fait le Code civil dans l'espèce en question. En détruisant l'un des objets dus, le débiteur a causé un préjudice au créancier en empêchant celui-ci d'obtenir cet objet en nature, si son choix s'était porté sur lui; il doit donc une réparation, réparation d'autant plus légitime que, sans la faute intervenue, rien ne prouve que l'objet dont il s'agit n'existerait pas

1. Cf.: l. 95, § 1. *De solut.*, D. 46, 3. — Pothier, *Des obligat.*, n° 253

encore et pourrait être réclamé ; il est donc juste que le créancier puisse, en toute hypothèse, en réclamer la valeur. Mais à quel titre lui accorder la faculté de demander, s'il lui plaît, le prix de la chose qui a péri par cas fortuit? Le débiteur n'a pas commis de faute en ce qui la concerne ; les conséquences du cas fortuit qui empêche le créancier de réclamer en nature ce qui vient de périr par cas fortuit devraient donc lui demeurer complètement étrangères : le Code en a décidé autrement, abandonnant ainsi, sans raison décisive, les principes généralement admis par lui au sujet de la perte survenue par cas fortuit [1].

*b)*. Lorsque le créancier a exercé son choix, il est à peine besoin de le dire, l'objet de sa créance se trouve alors spécifié : d'alternative elle devient pure et simple, en ce sens qu'elle porte désormais sur un seul objet ; et ce sont dès lors les règles concernant les obligations de corps certains qui trouvent leur application, sans qu'il puisse être question de revenir sur un choix définitif par ce seul motif que l'objet choisi a péri par cas fortuit.

B. *Le choix appartient au débiteur.*

*a*). Le choix a été laissé au débiteur ; avant qu'il ne l'ait exercé d'une manière régulière, l'un

1. Cf. Bugnet sur Pothier, *Des oblig.*, nº 253.

des objets compris dans l'alternative périt par cas fortuit : y a-t-il libération ? Et, pour préciser, le débiteur pourrait-il soutenir que la chose périe est précisément celle qu'il avait l'intention de donner, et que sa perte, par conséquent, doit entraîner extinction de l'obligation ? — A un pareil raisonnement une réponse bien simple s'oppose : pour être valable, le choix doit être loyal, il doit être fait de bonne foi, et il en est ainsi seulement lorsque les choses sont entières ; autrement, le débiteur aurait toujours eu l'intention de choisir l'objet même qui a péri. De plus, et par cela même que l'obligation portait sur plusieurs objets, le créancier a pu et a dû compter que les chances d'extinction seraient moindres que si elle portait sur une chose unique : il ne saurait donc perdre son droit parce qu'un seul des objets compris dans l'alternative est détruit; l'autre peut être fourni et servir à acquitter la dette ; le débiteur sera tenu par conséquent de le donner, solution qui de tout temps d'ailleurs paraît avoir prévalu [1] et est consacrée expressément par le Code civil. (Art. 1193.)

*b).* Toutefois, si son obligation n'est pas éteinte, le débiteur pourrait-il au moins, au lieu de remettre la chose qui subsiste, se contenter de

1. V.: l. 95, § 1, *De solut.*, D. 46, 3. — L. 34, § 6, *De contr. empt.* D. 18, 1. — L. 2, § 3, *De eo quod certo loco*, D. 13, 4. — Pothier, *D obl.*, n° 250.

verser le prix de celle qui est périe, laquelle était peut-être de valeur inférieure ? Le cas fortuit, dans l'espèce, ne le libère pas, soit ; mais encore ne doit-il pas aggraver sa situation en lui enlevant le bénéfice du choix qui lui appartenait ?

Dans le droit romain, l'affirmative ne paraît pas douteuse en cas de legs alternatif : l'un des objets légués sous cette modalité venant à disparaître, l'héritier auquel le choix appartenait pouvait, du moins d'après Ulpien, donner, ou celui qui subsistait, ou l'estimation de celui qui était péri. [1]

Faut-il, comme certains l'ont soutenu, généraliser cette solution, et prétendre qu'elle s'appliquait aux obligations alternatives nées d'un contrat ? A notre sens, la négative est certaine ; elle ressort implicitement de dispositions multiples dispersées dans les textes ; tel, par exemple, ce passage dû à Papinien, et dont il est bien difficile de ne pas donner l'interprétation suivante [2] : « Deux esclaves étant dus sous une alternative, et le choix appartenant au débiteur, que décider si l'un d'eux vient à décéder ? Celui qui reste pourra être

1. L. 47, § 3, *De leg.* 1°, D. 30, 1.

2. — L. 95, § 1. *De solut.*, D. 46, 3. « Quid si promissoris fuerit electio : « defuncto altero qui superest æque peti potest. Enimvero si facto « debitoris alter sit mortuus cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offeri « æstimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est : tamen et si alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit « cum illo in tempore quo moriebatur non commiserit stipulationem. »

réclamé. — Mais c'est le fait même de ce débiteur auquel le choix a été laissé qui amène le décès de l'esclave ? — Là encore celui-là seul qui survit et peut réellement être livré pourra être demandé ; l'estimation de celui qui a péri ne pourra être offerte, fût-elle de beaucoup inférieure à la valeur de celui qui subsiste ; car c'est en faveur du créancier seul et contre le débiteur qu'est autorisée la substitution d'une somme d'argent à la prestation de la chose due. Mais il y a plus : si par la suite, l'esclave survivant venait à périr par cas fortuit, l'action *ex stipulatu* ne pourrait être intentée, les circonstances dans lesquelles survient le décès en question n'y donnant pas ouverture. » Le débiteur n'a donc pas le droit de fournir l'estimation de l'objet détruit à la place de celui qui reste, non seulement lorsque la perte est survenue par sa faute, ce qui est d'évidence, mais même lorsqu'elle a été causée par un cas fortuit, hypothèse prévue au début du texte ; et c'est méconnaître et dénaturer la pensée de Papinien que d'argumenter *a contrario* de ce passage : « C'est en faveur du créancier seul et contre le débiteur *(in pœnam)* qu'est autorisée la substitution d'une somme d'argent à la prestation de la chose due », pour soutenir que cette substitution est permise au débiteur lorsqu'il n'a aucun reproche à s'adresser.

Du reste, d'autres textes [1] posent en principe

1. L. 34, § 6, *De contrah. empt.*, D. 18, 1. — L. 2, § 3, *De eo quod certo loco*, D. 13, 4, — L. 55, *Ad legem Aquil.*, D. 9, 2.

l'obligation pour le débiteur de donner la chose qui reste lorsque l'autre a péri, et aucun ne fait allusion à cette faculté qui lui appartiendrait de donner l'estimation de celle qui est disparue. Elle lui est même formellement refusée par la loi 2, § 3, *De eo quod certo loco*, qui déclare qu'après la perte de l'une des choses comprises dans l'alternative, il ne peut plus être question de choix pour le débiteur. La même prohibition résulte également, de la manière la plus nette, de la l. 55, *Ad legem Aquiliam*[1]. Supposant le cas où deux esclaves d'inégale valeur sont dus sous une alternative, Paul recherche quel serait le montant de la condamnation encourue, si le créancier venait à tuer celui des esclaves dont la valeur est moindre ; serait-ce le prix de ce dernier, ou bien, au contraire, l'estimation de celui qu'il a fallu donner : comment pareille question pourrait-elle se poser, si le débiteur était maître de donner, non la chose qui reste, mais la valeur de celle qui a péri ?

Il est inutile d'insister davantage sur la solution de la question au point de vue positif dans le droit romain : l'une des choses dues sous alternative étant périe par cas fortuit, le débiteur est tenu de donner celle qui reste, sans pouvoir offrir l'estimation de celle qui est détruite ; ce droit lui

1. D. 9, 2. — Dans l'hypothèse prévue au texte, le choix appartient bien au débiteur ; car, autrement, le créancier n'encourrait aucune condamnation : il n'aurait fait qu'exercer son choix.

appartient seulement en matière de legs, où certaines raisons d'équité militent peut-être en sa faveur. L'intention du testateur a été avant tout de faire une libéralité, tout en laissant à son héritier le droit de s'en tirer au meilleur compte possible ; de là cette faculté de donner la valeur de ce qui a péri. Dans les contrats, il en est tout autrement, et un pareil système ne se justifierait pas : d'abord, il est bien rare que les objets dus sous alternative ne soient pas de valeur sensiblement égale, et ce serait le plus souvent rendre le débiteur maître de maintenir ou non le contrat, sans qu'il y ait un intérêt sérieux, que de lui permettre de donner le prix au lieu de la chose ; et, d'un autre côté, ce serait surtout tromper absolument l'autre contractant, qui a traité en vue d'obtenir, soit une chose, soit l'autre, dont il a peut-être un besoin urgent, que de l'obliger à se contenter, au lieu de l'objet en nature désiré, d'une somme d'argent : il y aurait là matière à spéculations dangereuses de la part du débiteur.

Aussi, sous l'empire de ces considérations, nos anciens auteurs s'étaient-ils rangés à la solution romaine [1], et c'est celle qui est consacrée par le C. civ., art. 1193 : « L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du

1. Dumoulin, *Tract. de divis. et indid.*, part. 2, n° 150. — Pothier, *Des obligations*, n° 250.

débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place. »

*c).* L'obligation étant devenue pure et simple par la perte de l'une des choses comprises dans l'alternative, le débiteur encourra condamnation si l'objet qui subsiste périt par sa faute : mais que décider dans l'hypothèse suivante? Le premier objet a été détruit par le débiteur; le second disparaît par cas fortuit: y a-t-il libération ?

La loi romaine se prononçait pour l'affirmative[1] : par la destruction de l'une des choses, l'obligation portait uniquement sur celle qui restait; on était en présence d'une obligation portant sur un corps certain, et, par l'application des principes ordinaires, sans une faute, pas de condamnation. Toutefois, l'action de dol permettait de remédier aux inconvénients les plus marqués d'un pareil système.

Dans notre ancien droit, Pothier reconnaissait bien que, d'après « la subtilité du droit », l'obligation devait être regardée comme éteinte dans l'hypothèse en question[2] ; mais, en équité, il déclarait le débiteur tenu de payer le prix de la chose détruite par sa faute. Sans cette faute, en effet, l'obligation n'eût-elle pas continué à subsister, à avoir un objet? le créancier n'en éprouve-t-il pas,

1. L. 95, § 1, *De solut.*, D. 46, 3.
2. *Op. cit.*, n° 252.

par conséquent, un préjudice? Comment alors réparation ne lui en serait-elle pas due ? Et, si le débiteur vient à prétendre qu'en détruisant l'une des choses comprises dans l'alternative, il a entendu exercer son choix en réservant l'autre objet pour l'acquittement de sa dette, à ce raisonnement une réponse bien simple peut être faite. Pour être valable le choix doit être exercé d'une manière régulière ; il y a des procédés déterminés pour spécifier l'objet que l'on entend donner et, dans l'espèce, ils n'ont pas été employés : ce n'est pas choisir que de détruire l'un des objets dus.

En suivant à cet égard la doctrine de leur guide habituel, les rédacteurs du Code civil s'en sont écartés cependant sur un point (art. 1193) : ils obligent en effet le débiteur à payer, non le prix de la chose perdue par sa faute, comme le voulait Pothier, mais la valeur de celle qui a péri la dernière. — Cette innovation se justifie-t-elle complètement ? Il est permis d'en douter. En admettant en effet que le débiteur, dans la circonstance, n'eût pas conservé la faculté de choisir et de verser le prix de l'un ou l'autre objet à son gré, encore est-il que, s'il doit une réparation, c'est celle du préjudice qu'il a réellement causé par son fait, et non de celui qui résulte d'un cas fortuit. Le législateur s'est peut-être laissé guider par cette circonstance qu'après la perte de l'une des choses dues par la faute du débiteur, le créancier avait dû s'attendre à recevoir l'autre; celle-ci dispa-

raissant à son tour, il a voulu qu'il en eût au moins la représentation pécuniaire : quoi qu'il en soit, *statuit lex*.

*d)*. Pour terminer, faut-il ajouter qu'une fois le choix du débiteur exercé d'une manière régulière et valable, la chose due par lui se trouve spécialisée? Dès lors, l'obligation alternative devient une obligation portant sur un corps certain, comportant, par suite, l'application des règles ordinaires en pareil cas.

## SECTION IV.

### Obligation facultative.

Dans l'obligation alternative, plusieurs objets peuvent et doivent, à défaut l'un de l'autre, servir à acquitter la dette; dans l'obligation facultative, au contraire, une seule chose est due, est *in obligatione ;* seulement d'autres peuvent, à la volonté du débiteur, être données en paiement. Dans ces conditions, la solution ne saurait être douteuse : seule, la perte de la chose réellement due, *in obligatione*, aura pour effet d'éteindre l'obligation ; mais, elle survenant, peu importe que les objets *in facultate solutionis* subsistent encore ; leur existence ou leur disparition est indifférente à cet égard, car ils ne sont pas compris dans l'obligation ; le débiteur n'en sera pas moins libéré, pourvu que cette perte survienne sans sa faute, pourvu qu'elle soit le résultat d'un cas fortuit.

## CHAPITRE III

### QUE FAUT-IL ENTENDRE PAR CAS FORTUIT, FORCE MAJEURE ?

#### § 1er

*Du cas fortuit et de la force majeure en général.*

De définition précise du cas fortuit et de la force majeure, de formule rigoureusement exacte, ayant une valeur juridique certaine et embrassant tous les événements auxquels peut s'appliquer cette qualification, nous n'en avons dans aucun texte, pas plus dans les dispositions vieillies de législations aujourd'hui disparues que dans les articles plus récents de nos codes modernes.

Pour le droit romain, quelques fragments au Digeste, certains passages du Code, renferment bien des expressions telles que : « *casus adversus quos nullum humanum consilium prævidere potest,* ou encore « *vis cui humana infirmitas resistere non potest*[1] »; expressions vagues, indécises, qui, en

1. L. 18 pr., *Commodati*, D. 13, 6. — L. 15, § 2, *Locati*, D. 19, 2. — L. 1, § 4, *De obl. et act.*, D. 44, 7. — L. 2, § 7, *De adm. rer. ad civit.*, D. 50, 8. — L. 6, *De pign. act.*, C. 4, 24. — L. 28, *Locat.*, C. 4, 65. — L. 4, *De peric. tut.*, C. 5, 38.

définitive, n'en disent pas davantage que les termes qu'elles ont la prétention de traduire : « *casus fortuitus* », « *vis divina* », « *vis major* », et autres semblables employés en maintes circonstances. Les jurisconsultes romains ont, d'ailleurs, pris soin de préciser assez fréquemment leur pensée à l'aide d'exemples concrets[1]; quant aux formules abstraites il n'était pas dans leurs habitudes de les rechercher et de s'en embarrasser; et, dans la matière qui nous occupe, ils ne s'en sont pas préoccupés plus que partout ailleurs.

Au moyen âge et à l'époque suivante, les romanistes s'efforcèrent plus d'une fois de déterminer exactement ce qu'il fallait entendre par cas fortuit ou force majeure : d'une manière générale leurs discussions n'aboutirent qu'à leur faire reproduire textuellement, ou peu s'en faut, les indications qu'ils trouvaient dans le droit romain. « *Casus fortuitus a nostris definitur casus qui prævideri non potest, aut cui prævisо resisti non potest* », propose Donneau dans ses ouvrages[2]; et à cette définition assez flottante qui résume ou reproduit celles adoptées par d'autres romanistes, rien ne fut ajouté par ceux de nos anciens auteurs

1. L. 3, § 1, *Nautæ, caup.*, D. 4, 9. — L. 18 pr., *Commod.*, D. 13, 6. — L. 1 § 1, § 2, *Depositi*, D. 16, 3. — L. 15, § 2, *Locati*, D. 19, 2. — L. 1, § 4, *De obl. et act.*, D. 44, 7. — L. 23, *De reg. juris*, D. 50, 17. — Inst., § 3, *De empt.*, 3, 23.

2. Sur la L. 6, C. 4, 45, Donel. *op.*, L. 16, Ch. VI, n° 12.

qui se consacrèrent plus spécialement à l'étude du droit coutumier. Si l'intervention du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats, si la question des risques notamment ne les a pas laissés indifférents et a sollicité leur attention, du moins ils ne se sont nullement préoccupés de fixer la valeur exacte des termes dont ils se servaient ; ils ne se sont guère inquiétés de préciser à quelles idées reçues, à quels principes admis par eux ils pouvaient bien au juste correspondre.

La même remarque peut être faite, et avec beaucoup plus de raison encore, pour notre droit actuel. Le législateur moderne s'est, en effet, gardé avec soin de préciser la signification de ces expressions cas fortuit, force majeure, dont il ne laissait pas cependant d'avoir l'occasion de se servir à des reprises répétées[1] ; il a abandonné aux interprètes la tâche d'en déterminer la portée, se contentant, à l'occasion, de faire apparaître plus clairement son intention à l'aide de quelque indication sommaire, de quelque exemple plus ou moins heureusement choisi ; et cette abstention, tout démontre qu'elle est voulue, qu'elle est le résultat, non d'une inadvertance, mais d'une volonté certaine et réfléchie. — Qu'il suffise, pour l'établir, de rappeler les travaux préparatoires du Code de

1. C. civ. : art. 607, 855, 1148, 1302, 1379, 1631, 1722, 1730, 1733, 1755, 1769, 1772 et s., 1784, 1807 et s., 1825, 1881 et s., 1929, 1934, 1954. — C. com. ; art. 97 et s., 103 et s., 230, 241, 277, 310, 324 et s.

Commerce, où, en réponse à une réclamation expresse du tribun Lacuée, demandant de fixer le sens exact du terme cas fortuit, sujet dans la pratique aux contestations les plus vives, on trouve cette formule générale donnée par Cambacérés : « Tous accidents que la vigilance et l'industrie humaines n'ont pu ni prévoir ni empêcher », avec la déclaration formelle qu'au surplus il fallait s'en rapporter à la prudence des magistrats, la détermination des événements que l'on peut qualifier cas fortuits étant avant tout une question de fait, forcément abandonnée à l'arbitraire des tribunaux, sans pouvoir d'avance être fixée par mesure législative [1].

Rien n'est plus exact, à notre sens, non seulement pour le présent, mais encore pour le passé, que cette appréciation de l'un des rédacteurs les plus autorisés de nos Codes, et elle est facile à justifier, aussi bien au point de vue positif qu'au point de vue rationnel.

A ces termes cas fortuit, force majeure, ne correspond, et, on doit ajouter, n'a jamais correspondu rien d'absolu, de nettement déterminé, que l'on puisse faire rentrer dans une définition rigoureuse ayant une valeur légale, encore moins comprendre dans quelque énumération limitative, fatalement insuffisante et inutile. — Le même fait

1. Locré, t. 17, p. 235.

qui, dans une circonstance donnée, sera tenu pour cas fortuit et entraînera les conséquences qui dérivent de ce caractère, dans telle autre occasion sera apprécié d'une manière toute différente, et ne produira pas les mêmes effets; — et la raison, elle en apparaîtra clairement, lorsqu'il sera établi qu'il est impossible de qualifier d'avance cas fortuits une série quelconque d'événements d'après leur consistance objective, lorsqu'il séra reconnu que ce caractère ne peut leur être attribué que d'après un criterium purement subjectif, essentiellement variable, et qu'il dépend, avant tout, de la manière dont se sera comporté et aura dû se comporter, en face de ces événements, celui des contractants dont la responsabilité est mise en jeu.

Nous venons de prononcer le mot de responsabilité.

C'est une question de responsabilité, en effet, non une autre, qui se trouve réellement soulevée toutes les fois qu'il s'agit de déterminer si l'on est ou non en présence d'un cas fortuit ou d'une force majeure ; si cette détermination est possible, ce n'est qu'indirectement, par voie de conséquence. La notion du cas fortuit est la suite naturelle de l'admission de l'idée de faute en matière contractuelle, le résultat forcé de la manière dont est compris et appliqué, dans les rapports respectifs des contractants, le principe de l'imputabilité : les deux idées sont corrélatives, l'une ne peut s'expliquer sans l'autre.

Reportons-nous plutôt à l'hypothèse indiquée plus haut, en commençant, et dans laquelle nous nous sommes proposé surtout d'étudier les difficultés qui peuvent s'élever sur ce point : — des parties mises en présence par un contrat, l'une n'a pas exécuté intégralement son engagement ; elle n'a pas satisfait, d'une manière complète, à la convention intervenue : quel est le droit de l'autre contractant ?

Si semblable question peut se poser, n'est-ce pas uniquement en raison des conditions exigées en pareil cas pour entraîner condamnation ? Comment y aurait-il intérêt à rechercher les causes de l'inexécution du contrat, sinon parce qu'à elle seule, cette inexécution ne suffit pas pour permettre d'actionner efficacement l'un des contractants, parce qu'il faut encore qu'elle lui soit imputable, qu'une faute puisse lui être reprochée pour qu'il soit tenu de réparer le préjudice causé ; et, en cette occurrence, si la notion du cas fortuit et de la force majeure se fait jour, n'est-ce pas une conséquence certaine de cette idée de faute, de ce principe d'imputabilité admis en matière de contrat ?

Disparaisse cette nécessité d'une faute contractuelle, et alors qu'importe ce qui aura empêché la convention d'être exécutée en tout ou en partie ; à quoi bon démontrer que cette inexécution provient d'un cas fortuit ou d'une force majeure ? — Le cas fortuit, ce sera précisément l'événement qui amène l'inexécution de l'obligation convention-

nelle sans engager la responsabilité de l'un des contractants ; ce sera le fait qui empêche celui-ci de remplir son engagement sans qu'une faute puisse être mise à sa charge. N'être imputable à aucune des personnes liées par le contrat, tel sera son caractère propre, celui qui explique cet effet particulier que nous appelons effet libératoire et qui consiste, nous avons indiqué par quel mécanisme, par le jeu de quels principes, à dégager l'une des parties contractantes du lien résultant pour elle de la convention. En tout cas, ce qui ne saurait être mis en doute, c'est la corrélation qui existe entre ces deux idées : faute contractuelle, cas fortuit ; elles se complètent mutuellement ; elles sont apparues simultanément dans les obligations conventionnelles, y ont suivi la même marche, ont passé par les mêmes développements ; et, lorsqu'on sait combien est fuyante et vague la notion de faute, combien est variable et changeant le criterium à l'aide duquel on peut la déterminer dans chaque cas individuel, il est facile de comprendre l'incertitude qui règne au regard du cas fortuit, surtout si l'on admet que ce dernier a toujours été compris comme il l'est aujourd'hui, si l'on reconnaît qu'il commence et doit commencer, en toute hypothèse, exactement là où cesse la faute.

Mais, avant d'aborder cette dernière question, établissons bien, au point de vue historique et juridique, la relation certaine que nous venons de

reconnaître entre les deux idées de faute et de cas fortuit.

Ce serait assurément sortir du cadre de notre étude que de nous étendre sur la manière dont le principe de la faute, de l'imputabilité s'est introduit et développé dans les contrats ; il suffira de rappeler aussi brièvement que possible les phases diverses par lesquelles il a passé : ce sera du même coup indiquer la marche suivie par la notion du cas fortuit.

A Rome, on le sait, l'idée même qu'une obligation, qu'un lien de droit naît d'un contrat, d'une convention intervenue n'existe pas à l'origine ; seul le fait de ne pas satisfaire à l'engagement pris constitue un véritable délit, exposant celui qui n'exécute pas à la vengeance de l'autre partie, seule sanction positive des rapports des particuliers entre eux. C'est seulement lorsque, dans un but d'ordre public, le pouvoir social aura réglementé et pris lui-même en main l'exercice de cette vengeance privée, lorsqu'il aura assuré aux conventions passées dans certaines formes déterminées une sanction énergique à l'aide d'actions dont le caractère pénal, nettement accentué au début, révèle l'idée qui les a tout d'abord inspirées, c'est alors seulement que peu à peu se fera jour la notion de l'obligation contractuelle dérivant, non plus d'un

délit, de la violation des engagements pris, mais résultant du contrat lui-même.

Dans ces conditions, faut-il admettre que la nécessité d'une faute pour pouvoir atteindre le débiteur est apparue immédiatement ? y a-t-il lieu de supposer que le principe de la distinction des causes amenant l'inexécution du contrat s'est établi dès l'abord ? Le contraire est de beaucoup plus probable.

Il est certain en effet que, primitivement, la vengeance privée, réaction instinctive, violente et aveugle de l'individu lésé contre le mal souffert, intervenait dès qu'un dommage avait été causé, abstraction faite de toute idée de culpabilité ou de responsabilité : le simple rapport de cause à effet suffisait, la question d'imputabilité étant inconnue [1].

En dehors de toute convention intervenue, personne ne doute de l'exactitude de cette manière de voir : comment la contester dans l'hypothèse où un accord est survenu entre les parties ? comment soutenir que les notions juridiques aient été plus perfectionnées dans un cas que dans l'autre, et vouloir, toutes choses égales d'ailleurs, que les mêmes causes n'aient pas produit les mêmes effets ? — Et lorsque le législateur, en créant les actions, a entrepris de réprimer la violation des

1. Ihering, *De la faute en droit privé.*

conventions au même titre et de la même manière que tout autre délit, il a dû se contenter de réglementer d'abord l'état de fait existant; il a dû permettre d'obtenir cette condamnation pécuniaire, seule possible pendant si longtemps, dans les conditions où s'obtenait par la force individuelle la composition, prix de la vengeance privée, c'est-à-dire indépendamment de toute idée de faute: de cas fortuit ou de force majeure il ne pouvait donc être question.

Mais, à mesure que les notions juridiques se sont épurées, que le droit s'est dépouillé de ce caractère de violence et de passion qui l'obscurcit à l'origine, la notion de la faute est apparue et s'est affermie en droit romain.

Finalement, pour obtenir, par voie d'action, condamnation contre un débiteur, la simple inexécution du contrat ne suffit point, pas plus que le simple fait dommageable n'est suffisant pour constituer un délit civil proprement dit et donner lieu à réparation par la voie de l'action *legis Aquiliæ* notamment: il faut encore un fait qui soit imputable à l'individu, qui puisse lui être légitimement reproché comme un manquement à la diligence qu'il devait observer, une infraction à la conduite qu'il devait tenir; et, dans le dernier état du droit, le principe de l'imputabilité domine sans conteste toute la matière des obligations conventionnelles, sans distinction entre les obligations de bonne foi et celles de droit

strict [1]. Peut-être pourrait-on cependant citer quelques exemples où le système contraire paraît s'être conservé [2]; mais il faut voir dans cette survivance la conséquence de raisons pratiques qu'il y aura lieu d'indiquer, et non l'expression d'une théorie générale qui se serait maintenue.

Étant donné l'influence des principes romains sur notre ancien droit, est-il nécessaire de dire que, dans celui-ci, l'idée de la faute contractuelle se rencontre également? Le droit germanique, il est vrai, dont l'importance en France n'a pas laissé d'être assez grande à l'origine, ne renfermait, comme toutes les législations primitives, comme le droit romain de la première période, que des indications fort vagues sur la détermination de la responsabilité; c'était plutôt le simple fait dommageable, la simple relation de cause à effet entre l'auteur du préjudice et le mal souffert qui entraînait la nécessité de la composition pécuniaire, indépendamment de toute autre considération. Mais, sous l'action des romanistes, le principe de l'imputabilité s'est fortement établi et développé, et il triomphe d'une façon indiscutable dans la doctrine de nos anciens auteurs. [3]

1. L. 23, 33, 37, 40 § 3, 50, *De verb. ob.*, D. 45, 1. — L. 23, *De reg. juris.*, D. 50, 17. — § 3, *De emptione*, Inst. 3, 23.

2. L. 3 *Nautæ, caupones*, D. 4, 9.

3. Pothier, *Des obligations*, n° 661.

Et, dans notre droit actuel, faut-il rappeler ce principe de l'imputabilité écrit en termes formels dans l'article 1147 ? « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts, à raison de l'inexécution de l'obligation, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. » En présence de cette disposition si nette, il est clair que le Code civil a consacré le système traditionnel.

Or, à quelque époque que l'on se place, que l'on se reporte au passé ou que l'on s'en tienne au droit actuel, c'est bien ce principe d'imputabilité qui est en jeu, toutes les fois qu'il s'agit de déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'un cas fortuit. Dès l'instant que le fait matériel d'un contrat non exécuté ne suffit pas pour obtenir condamnation, du moment qu'il faut une autre condition, et qu'il y a lieu à une appréciation des causes qui ont amené le manquement à l'engagement pris, il y a place pour la notion du cas fortuit : historiquement, celle-ci est apparue le jour où la question de responsabilité s'est posée ; juridiquement, l'une ne se comprend pas sans l'autre.

Le cas fortuit, ce sera, comme l'indique son nom, l'événement auquel on ne s'attendait pas, ou, plus exactement encore, auquel on ne devait pas s'attendre ; la force majeure, ce sera l'accident auquel on ne pouvait ni ne devait opposer une résistance

victorieuse. Ils causent un dommage, ils entraînent l'inexécution du contrat en amenant la perte de la chose due, en rendant impossible l'accomplissement du fait promis, mais de responsabilité, ils n'en engendrent point; ils ne sont point le résultat d'une faute du débiteur, et c'est ce que déclarent d'une manière formelle des textes positifs. « *Casus, quæque sine culpa accidunt a nullo præstantur* [1] », lisons-nous dans la loi romaine, qui nous montre ainsi nettement reconnue à Rome la relation qui existe entre la faute et le cas fortuit; et le même rapport n'est-il pas indiqué dans les termes les plus explicites par le Code civil, lorsque, après avoir posé, dans l'art. 1147, le principe de l'imputabilité en matière contractuelle, il en fait en quelque sorte l'application dans l'article suivant: « Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. » (Art. 1148.) Le rapprochement de ces deux textes n'est certes pas l'effet du hasard; il est la conséquence du principe identique qui a inspiré leurs dispositions, le résultat de cette idée que le cas fortuit commence exactement là où cesse la faute.

1. L. 23, *De reg. juris*, D. 50, 17. — L. 6, *D. pign. act.*, C. 4, 24. — L. 37, *De verb. obl.*, D. 45, 11. — § 3, *De emptione*, I. 3, 23. — Pour l'ancien droit, v. POTHIER, *Des obligations*, n° 149.

Ce dernier point, après ce qui précède, ne saurait en effet faire l'objet d'un doute sérieux, et cependant il n'a pas laissé de soulever certaines contestations: précisons bien la manière dont il faut l'entendre.

Dans tout contrat, le débiteur, la partie obligée est tenue d'apporter à l'exécution de son engagement une certaine somme de diligence; s'agit-il d'une obligation de donner, il lui faut veiller avec un soin plus ou moins grand à la conservation de la chose due, prendre des précautions plus ou moins complètes pour la garantir contre les accidents divers qui peuvent la détériorer ou la détruire; s'agit-il d'une obligation de faire, le débiteur doit déployer une activité plus ou moins grande, dépenser une somme d'énergie plus au moins considérable pour arriver à exécuter le fait promis; et c'est seulement lorsque son engagement aura été tenu sous ce rapport qu'il pourra être question de cas fortuit, que l'inexécution du contrat ne sera pas le résultat d'une faute qui puisse lui être imputée.

Or, on sait combien sont variables, selon les hypothèses, le soin et la diligence imposés au débiteur: sa responsabilité diffère avec chaque contrat, donnant ainsi lieu, dans chaque espèce, à une appréciation distincte de l'étendue des obligations assumées par lui, appréciation plus ou moins sévère selon la nature et les conditions de la convention intervenue entre les parties; et de là

cette conséquence, le même fait, positif ou négatif, qui dans un cas constituera une faute entraînant condamnation, dans tel autre cas n'engendrera aucune responsabilité et constituera, par suite, un de ces événements que l'on peut qualifier cas fortuits. Plus attentif ou plus prévoyant, le débiteur aurait pu s'abstenir de tel acte, écarter les conséquences de tel fait dommageable. Mais cette attention, cette prévoyance, dans l'espèce, il n'était pas tenu de les avoir ; c'est donc à un cas fortuit qu'il faudra attribuer le préjudice causé, de même qu'en sens inverse il faudrait le mettre sur le compte d'une faute, si le contrat comportait cette diligence plus grande qui eût permis de l'éviter.

C'est cette manière d'envisager les choses qui n'a pas été généralement acceptée dans ses conséquences logiques, et c'est à propos du droit romain que se sont élevées surtout les discussions à ce sujet.

On connaît la gradation des fautes établie à Rome : selon les contrats, le débiteur répondait, tantôt simplement de la faute lourde, tantôt de la faute légère considérée *in concreto,* parfois même de la faute légère envisagée *in abstracto*, c'est-à-dire en prenant en considération la conduite du *bonus paterfamilias* idéal, et non pas la manière d'agir habituelle du contractant dans ses propres affaires.

Eh bien, pour une opinion ordinairement

adoptée par les anciens romanistes, c'est seulement après la faute envisagée *in abstracto* qu'il pourrait être question de cas fortuit. D'après eux, cette idée qu'un fait qui, au point de vue abstrait, constitue une faute peut être tenu pour cas fortuit, uniquement parce que le débiteur répond seulement de la faute envisagée *in concreto*, aurait été inconnue en droit romain ; la ligne de démarcation entre le *culpa* et le *casus* aurait toujours été fixe ; elle n'aurait jamais varié, selon les contrats, au gré de la convention des parties, et, si parfois le débiteur ne répond pas de certaines fautes, ce n'est pas une raison pour en changer la qualification et confondre des idées absolument distinctes. — De fait, nombre de textes semblent faire commencer le *casus* après la faute envisagée *in abstracto*, après même la *custodia*, lorsque, par une clause toute spéciale, le débiteur aurait engagé d'une manière plus étroite sa responsabilité [1].

L'inexactitude de ce système peut être, semble-t-il, facilement établie. Rappelons, en effet, ces définitions indiquées plus haut et fournies par les textes romains : « *Casus adversus quos nullum humanum consilium prævidere potest* », « *vis cui resisti non potest* » : de quelle prévoyance y est-il question ? de quelle force de résistance s'agit-il,

1. L. 18 pr. *Commodati*, D. 13, 6. — L. 13, § 1. *De signor. act.*, D. 13' 7.— L. 2, § 1.— L. 3. *De peric. et comm.* D. 18, 6,— § 4. *Quibus modis re contrah.*, I, 3, 15. — § 5. *Locatione*, I, 3, 25.

sinon de celle qui a été expressément ou tacitemen prévue au moment du contrat, de celle au delà de laquelle il n'y a plus de faute, que celle-ci soit envisagée *in concreto* ou *in abstracto ?*

Des textes, il est vrai, parlent du cas fortuit comme commençant après la *culpa levis in abstracto ;* mais la chose ne se comprend-elle pas aisément, si l'on observe que les hypothèses prévues par ces dispositions sont précisément celles où la responsabilité du débiteur est la plus rigoureuse ? Et la preuve que ce serait dénaturer la pensée des jurisconsultes romains, lui donner une portée qu'elle n'a pas, ne se trouve-t-elle pas dans ces fragments ayant trait aux contrats où le débiteur répond de la faute envisagée seulement *in concreto*, et notamment dans le § 3 de la loi 52, *Pro socio* [1], où Ulpien s'exprime en termes formels à cet égard : « *Damna quæ imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non coguntur præstare.* » Tenus simplement au respect les uns des autres de la faute envisagée *in concreto*, les associés ne répondent pas des accidents qui arrivent autrement, y eût-il, dans une certaine mesure, de leur faute ; et ces accidents « *quæ imprudentibus accidunt* », ce sont des cas fortuits *(damna fatalia)* ; ils sont l'œuvre de la fatalité, dans l'opinion du célèbre jurisconsulte ; et pourquoi ? Uniquement parce que, dans l'espèce, ils n'entraînent aucune responsabilité.

1. D. 17, 2.

On a essayé, il est vrai, de détruire la portée de ce texte : tantôt à « *imprudentibus* » on a voulu substituer « *in prudentibus* », en corrigeant ainsi une soi-disant erreur de copiste, version que n'acceptent pas les lectures les plus récentes ; d'autres fois la discussion s'est portée sur la signification même du terme employé « *imprudens* »; on a prétendu qu'il était étranger à toute idée de faute et pouvait, sans inconvénient, être remplacé par un terme équivalent, par l'expression « *ex improviso* » par exemple, qui en serait la traduction la plus exacte ; interprétation erronée à laquelle résiste victorieusement l'ensemble du texte, vains efforts pour écarter un argument positif qui renverse une doctrine échafaudée non sans peine, et dont le moindre inconvénient est d'avoir été étrangère à ceux auxquels on prétend l'attribuer.

Elle était donc fort juste, cette opinion, restée isolée dans le temps, d'un docteur allemand, d'après lequel par cas fortuit il fallait entendre tout ce qui arrive à l'improviste, tout ce qui n'a pas été prévu et n'a pas dû l'être, alors même qu'à la rigueur on eût pu s'y attendre, en ajoutant que le « *casus* » ainsi entendu deviendrait faute, « *si hoc provideri ab homine debuerit et legibus improbetur illa imprudentia* »[1] : c'était là l'expression vraie de la doctrine romaine.

1. Thomasius, *Dissert. jurid.*, lxvii, § 16, t. 2, p. 1012.

Sous l'empire de notre Code civil, les mêmes contestations ne sauraient s'élever, ou du moins elles se conçoivent beaucoup plus difficilement.

L'ancienne distinction des fautes en « *culpa lata* », « *culpa levis in concreto* », « *culpa levis in abstracto* » n'existe plus en effet ; si, dans certains cas, le législateur a cru devoir imposer au débiteur une responsabilité particulièrement sévère, il n'a pas jugé bon pour cela d'établir une gradation systématique des fautes dont l'inutilité, au point de vue positif, n'était plus à démontrer; il s'est borné à donner une indication sur la manière dont il entendait, dans certaines hypothèses, régler les rapports entre contractants, s'en remettant forcément pour le reste à la libre appréciation des tribunaux.

Dans ces conditions, rien ne saurait altérer la relation étroite existant entre la faute et le cas fortuit, relation rendue en quelque sorte manifeste par le rapprochement déjà signalé des articles 1147 et 1448. Établir si l'on se trouve ou non en présence d'une faute, si l'on est ou non en présence d'un cas fortuit, ce sont les deux faces d'une seule et même question : et c'est uniquement par rapport à la convention intervenue, à l'étendue des engagements pris qu'elle peut être résolue dans chaque cas individuel.

Il est donc inutile de vouloir d'avance, et une fois pour toutes, établir un criterium objectif à l'aide duquel on déterminerait les caractères des

événements qui peuvent être qualifiés cas fortuits ; il est encore plus inutile d'en entreprendre une énumération quelconque. Sans doute, certains accidents se renouvellent plus fréquemment, il y a lieu plus souvent, dans certains cas, d'en examiner les conséquences ; mais de là à vouloir les passer en revue abstraction faite des circonstances dans lesquelles ils interviennent, il n'y faut pas songer. A bien plus forte raison, enfin, est-il superflu de chercher à établir des classifications parmi les divers accidents qui peuvent n'entraîner aucune responsabilité, classifications que l'on trouve parfois chez les anciens auteurs et qui sont œuvre de pure imagination, ne présentant aucun intérêt, ni au point de vue théorique, ni au point de vue pratique [1].

Pour terminer, est-il nécessaire de faire remarquer combien le système qui vient d'être exposé, touchant la détermination des événements qui peuvent être qualifiés cas fortuits, est satisfaisant au point de vue rationnel ? — Nous l'avons indiqué en débutant, pour résoudre les difficultés diverses qui se peuvent présenter en matière contractuelle, c'est avant tout à l'intention des contractants qu'il

1. Ainsi Donneau distinguait entre la force majeure interne ou vice propre de la chose et la force majeure externe : dans cette dernière, il sous-distinguait encore celle qui provient « *a rebus inferioribus* » et celle « *quæ cœlitus immittitur* ». (Don., *op. Ad.*, t. 24, liv. 4, C. *De pign.*) — Hotmann, d'après leur origine, distinguait la « *vis divina, naturalis, humana, bestialis, furialis* ». (Hotmann, 4, *obj.*, 16.)

y a lieu de recourir dans chaque hypothèse : n'y a-t-il pas une application rigoureuse de ce principe dans un système qui exige, dans chaque espèce, une appréciation concrète des faits, et accorde à un événement la qualification de cas fortuit toutes les fois qu'il apparaît que telle a été l'intention des parties en présence? L'on arrive ainsi, il est vrai, à donner ce titre à des faits qui, au point de vue abstrait, constituent une faute; mais n'est-on pas précisément dans le vrai en considérant comme l'œuvre du hasard un acte ou une abstention dont les conséquences sont dommageables sans doute, mais qui sont, en somme, le résultat d'une négligence non intentionnelle, l'effet d'un défaut de vigilance ou d'un manque d'attention que le débiteur pouvait, après tout, se permettre? Aussi, l'opinion que nous venons d'exposer est-elle généralement acceptée par la doctrine [1] et consacrée par la jurisprudence, notamment par celle de la Cour de cassation [2], qui reconnaît qu'en l'absence de toute définition légale du cas fortuit, il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement le caractère des faits ainsi qualifiés, appréciation qui varie naturellement à l'infini, selon les circonstances de temps et de lieu, selon la nature du contrat intervenu entre les parties [3].

1. Aubry et Rau, t. 4, p. 103, — Laurent, t. 16, p. 327.
2. Cassat., 18 janvier 1870 (Dalloz, 71, 1, 54).
3. A l'étranger, la définition du cas fortuit et de la force majeure

§ 2.

*De la distinction entre le cas fortuit et la force majeure.*

Jusqu'ici, nous avons employé ces termes cas fortuit, force majeure, sans établir de distinction entre eux : le moment est venu de rechercher s'ils sont réellement équivalents, s'ils peuvent être indistinctement employés l'un pour l'autre, ou s'il existe entre eux une différence dont il y ait lieu de tenir compte. Cette recherche, d'ailleurs, n'a pas un simple intérêt théorique, mais pratiquement elle a bien son importance, si l'on observe que, dans plus d'un cas, notre Code civil et le Code de commerce déclarent le débiteur libéré seulement par des événements qu'ils qualifient de force majeure [1] : il importe donc de déterminer si ce terme n'a pas une valeur qui lui soit propre.

Tout d'abord, il est une distinction qu'il faut écarter, distinction que l'on a cru trouver dans le droit romain [2], qui a été accueillie assez facilement

n'est pas établie autrement qu'en France. Ainsi, le 22e Congrès des jurisconsultes allemands a émis le vœu que l'expression « force majeure » ne soit pas employée dans le projet de Code civil allemand, et que l'on substituât à cette expression, à ce concept, source en pratique de tant de difficultés d'interprétation, des définitions plus claires et plus précises. (Bulletin de la Société de législation comparée, 1894, p. 441.)

1. C. civ.: art. 1631, 1730, 1754, 1755, 1929, 1934, 1954. — C. com.: Art. 97, 98, 103, 230, 277, 324.

2. Accarias, *Droit romain*, t. 2, p. 612, n. 2.

dans notre ancien droit[1], et que l'on a voulu reproduire sous l'empire du Code civil[2]. D'après une opinion en effet, par cas fortuit il y aurait lieu de désigner les événements de la nature, par force majeure les faits de l'homme qui excluent la responsabilité du débiteur. — Outre qu'une différence ainsi entendue ne saurait reposer sur une base sérieuse et n'offrirait aucun intérêt réel, elle ne trouve même pas un appui solide dans les textes, et peut être mise au nombre de ces classifications imaginées jadis par les commentateurs en quête de divisions et de sous-distinctions.

Pour le droit romain, en effet, le système proposé peut sans doute tirer parti de la l. 1 C. *Loc. conduct.*[3] dans laquelle l'attaque à main armée est spécialement qualifiée de « *vis major* » ; mais l'argument tombe en présence d'autres textes, tels le § 2 Inst. *Quibus modis re contrah.*[4], ou encore la l. 78 pr. D. *Commodati*[5], qui rangent sous une seule et même dénomination les événements produits par le jeu des forces de la nature et ceux produits par le fait de l'homme : la distinction n'est donc pas fondée.

Quant au Code civil, dans l'art. 1773, il confond

1. Denizart, v° *Cas fortuit.* — Domat, *Lois civiles*, L. 1, t. 4, sect. 4, n° 6.

2. Demolombe, t. 24, n° 553. — Dalloz, *Répert.*, v° *Force majeure*, n° 1. — Lyon-Caen et Renault, T. 3, n° 599.

3. C., 4, 65.

4. Inst., 3, 14.

5. D., 13, 6.

sous le même titre les ravages de la guerre, fait de l'homme, et ceux dus à une inondation, événement naturel ; dans l'art. 1954, il appelle force majeure une attaque à main armée ; dans l'art. 1754, il applique la même qualification au dommage causé par la grêle : il n'en faut pas davantage pour démontrer combien lui est étrangère la différence indiquée avec la base que l'on prétend lui donner.

Mais plus sérieuse et sans doute mieux fondée est une distinction de tout autre nature, proposée entre le cas fortuit et la force majeure.

Ne pourrait-on pas, en effet, donner à cette dernière expression une signification spéciale, une portée plus restreinte que celle attribuée au terme cas fortuit ? Et, lorsque le débiteur, pour se libérer, est tenu de se retrancher derrière un événement de force majeure, ne pourrait-on pas soutenir qu'à cette exigence de la loi correspond une aggravation de la responsabilité, une application de règles plus sévères que celles imposées d'ordinaire en matière d'obligations conventionnelles ?

Ainsi, à Rome, l'entrepreneur de magasins destinés à recevoir en garde des objets, des denrées quelconques est responsable des pertes survenues hors le cas de force majeure, comme une attaque de voleurs à main armée[1] ; le capi-

1. L. 1. *Locato*, C. 4, 65.

taine qui charge des marchandises sur son navire, l'aubergiste qui reçoit des bestiaux dans son étable échappent à une condamnation seulement dans l'hypothèse d'une force majeure, tel : le naufrage ou la prise par les pirates [1]. En dehors de ces cas, ils répondent des dommages survenus aux choses qui leur ont été confiées, leur faute y fût-elle étrangère: comment ne pas reconnaître au terme « *vis major* » une valeur à part [2] ?

Et dans notre droit actuel n'en est-il pas de même lorsque nous voyons, par exemple, et pour n'en pas citer d'autres, l'article 1554 du Code civil déclarer l'aubergiste libéré seulement par la force majeure, et l'article 230 du Code de commerce poser le même principe au regard du capitaine de navire ? En faut-il davantage pour indiquer qu'il y a lieu d'attacher un sens spécial à l'expression force majeure, de lui donner une portée distincte : mais laquelle exactement ?

A cette question, un auteur [3] a cru trouver une réponse satisfaisante dans un système ingénieux, basé sur une analyse raffinée de certains rapports juridiques, système qui tendrait, dans une certaine

1. L. 3 § 1 *Nautæ, Caupones,* D. 4, 9.

2. V. encore L. 37 *Loc. conduc.*, D. 19, 2. — Le sens restrictif du terme « *vis major* » était reconnu par Doneau : « Vis major quam « Græci Θεοῦ βίαν appellant, posterius non pro interpretatione et demons- « tratione sed pro restrictione accipiendum est. » Mais il ne précisait pas autrement la portée de cette restriction (*Lon. op.* liv. 73, ch. VI, n° 12.)

3. EXNER, *De la responsabilité dans le contrat de transport.*

mesure, à faire remonter jusqu'au droit romain l'une des théories les plus récentes et les plus modernes qui se soient fait jour touchant la responsabilité contractuelle.

Résumons brièvement l'argumentation présentée.

Dans tout contrat, la question de libération par cas fortuit ou par force majeure soulève toujours une difficulté sérieuse, concernant la manière de prouver l'existence du cas fortuit ou l'absence de faute du débiteur : l'événement invoqué est-il bien la cause du préjudice éprouvé? celui qui prétend s'en prévaloir s'est-il comporté vis-à-vis de lui comme il y était tenu? Ce sont là autant de points sujets à contestation, et qui peuvent donner lieu à un débat entre les parties, l'une détruisant les affirmations de l'autre. Or, sous ce rapport, il se présente certaines hypothèses où la situation n'est pas égale entre débiteur et créancier, celui-ci n'ayant pas le moyen efficace de contrôler et de contester les faits allégués par celui-là ; ce dernier ayant trop de facilités pour établir sa libération.

Prenons, en effet, les cas prévus dans les textes qui viennent d'être cités à l'instant. Des marchandises ont été confiées à la garde d'un *horrearius* qui les a placées dans les magasins à ce destinés ; des objets ont été remis à un batelier pour les transporter : qu'un dommage soit causé à ces

objets, qu'ils soient détériorés ou perdus, quelle va être la situation respective des contractants ? — L'un se prétendra naturellement libéré par un cas fortuit; il entreprendra de démontrer que l'accident est survenu sans sa faute, et il réussira assez facilement à établir l'intervention de quelque événement capable de dégager sa responsabilité, comme n'étant pas de ceux qu'il pouvait et devait empêcher. — Et le créancier, quel moyen aura-t-il de vérifier les allégations ainsi produites ? Ses marchandises une fois entrées dans le magasin, ou chargées à bord du navire et mises à l'entière disposition du débiteur, a-t-il pu les surveiller, assister aux manipulations dont elles ont pu être l'objet et constater la cause véritable du dommage qui les atteint? Il lui sera donc impossible, en fait, d'établir avec certitude l'existence de telle circonstance qui, si elle était connue, détruirait la preuve offerte par le débiteur et engagerait sa responsabilité. Ce dernier aura soin de passer sous silence tout ce qui pourrait lui être défavorable, et ce, avec la complicité plus ou moins intéressée de son personnel, de tous ceux qui seraient à même de connaître la vérité, de faire savoir comment au juste les choses se sont passées; et, finalement, le créancier se trouvera réduit à l'impuissance; il succombera, faute de pouvoir la contrôler, devant une preuve ayant pour elle tous les caractères voulus pour libérer l'une des parties au détriment de l'autre.

Une pareille solution pouvait-elle convenir à l'esprit éminemment pratique des Romains ? Évidemment non, et ils ont su échapper à ce danger de mettre ainsi l'un des contractants presque à la discrétion de l'autre.

Au lieu d'appliquer, en effet, dans les espèces visées aux textes ci-dessus mentionnés, les règles ordinaires en matière de responsabilité, au lieu d'admettre, dans ces hypothèses, qu'une condamnation ne saurait atteindre le débiteur sans une faute de sa part, c'est le principe complètement inverse qui a tout d'abord été posé par le préteur romain : de plein droit, l'entrepreneur qui avait reçu des objets en garde, le batelier auquel les marchandises avaient été remises à bord de son navire, répondaient, et de leur restitution, et des accidents qui pouvaient leur être arrivés, sans qu'il fût même possible de soulever la question d'imputabilité, d'invoquer le cas fortuit. A cet égard, l'édit du préteur rapporté à la l. 1 pr. *Nautæ, caupones*[1] est formel et ne laisse place à aucune incertitude ; par le fait, il supprimait toute difficulté relative à la constatation et à l'interprétation du cas fortuit, et rétablissait, et au delà, l'équilibre au profit du créancier,

Avec le temps, des tempéraments furent apportés à cette doctrine d'une rigueur absolue. Sous l'empire de cette idée qu'il ne saurait y avoir

1. D. 4, 9.

de condamnation sans une faute, les interprètes permirent au débiteur d'échapper parfois aux conséquences extrêmes d'un système d'une sévérité exagérée et même injuste dans sa simplicité ; et la force majeure fut précisément le moyen imaginé pour introduire le principe de l'imputabilité dans ces contrats d'où il avait été d'abord exclu, moyen qui, tout en permettant de corriger les excès de la doctrine primitive, ne laissa pas d'écarter les inconvénients auxquels aurait conduit l'application des règles ordinaires en matière de responsabilité.

Telle que l'auraient comprise les jurisconsultes romains, la force majeure différerait en effet du cas fortuit sous un double rapport :

1° D'abord, elle consisterait toujours dans l'action d'une force extérieure, d'une violence venant du dehors [1], de manière à écarter tout débat relatif aux accidents qui, pour une cause ou pour une autre, ont pu survenir à l'intérieur de l'entreprise, débat dans lequel, comme on l'a indiqué précédemment, le créancier se trouve dans une situation par trop défavorable. Pour les accidents de cette nature, peu importe qu'ils proviennent ou non de la faute du débiteur ; qu'ils soient dus ou non à un défaut de surveillance de sa part, aux procédés défectueux employés par lui dans l'exécution de

1. Exner., *op. cit.*, ch. 10, n° 1.

son obligation, de plein droit il en sera responsable. Ils seront à sa charge par le seul effet du contrat, comme une conséquence nécessaire de l'engagement contracté par lui, sans qu'il soit admis, comme dans les conventions ordinaires, à se disculper en invoquant le cas fortuit. Seule, la force venue du dehors, étrangère par conséquent à l'organisation et au fonctionnement de l'entreprise, également facile à établir et à vérifier par les deux parties, pourra le libérer, et, pour qu'elle produise cet effet et constitue réellement une force majeure, il faudra encore

2° « Que le caractère fortuit de l'accident soit évident au premier abord » [1]. — Cette dernière condition est essentielle, en effet, pour caractériser la force majeure : de discussion possible sur le caractère de l'événement invoqué, il ne doit pas y en avoir. Il doit être de telle nature et se présenter dans des termes tels, qu'à première vue toute idée de faute puisse être écartée, qu'il soit certain, l'existence du fait étant démontrée, que la responsabilité du débiteur ne peut s'y trouver engagée, la question de faute devant être seulement soulevée lorsqu'il s'agit d'un cas fortuit dont le caractère, moins absolu, moins tranché, peut être sujet à contestation [2].

Quant à la preuve de l'exactitude de ce sys-

1. Exner, *op. cit.*, ch. 9, n° 2.
2. Exner, *op. cit.*, ch. 11.

tème, ne ressort-elle pas des faits auxquels, en droit romain, est appliquée la qualification de « *vis major* »? Le naufrage, l'attaque des pirates, le vol à main armée, ce sont bien là des accidents provenant d'une force extérieure, d'une violence venue du dehors, et dont le caractère fortuit apparaît au premier abord : ils sont le résultat de causes exceptionnelles, sortant du cours ordinaire des choses, et auxquelles, de toute évidence, le simple particulier est hors d'état de résister. De plus, leur importance, la notoriété qui s'attache à elles, écartent la plupart des difficultés relatives à la preuve : ils réunissent donc bien les caractères indiqués ; la force majeure possède bien une physionomie à part, un champ d'action plus restreint que celui qui appartient au cas fortuit.

Nous ne pouvons ici suivre l'auteur du système ci-dessus exposé dans les développements qu'il donne à sa théorie, reproduire en détail les arguments qu'il croit pouvoir invoquer à l'appui, et entrer dans les explications proposées par lui pour établir par suite de quelle confusion la notion de la force majeure, telle qu'elle avait été conçue par les Romains, a disparu avec le temps au point de s'identifier dans l'esprit du plus grand nombre des jurisconsultes avec celle du cas fortuit. Mais, avant tout, le but poursuivi, c'est de rétablir cette notion de la force majeure dans sa pureté primitive, notion qui répondrait à une nécessité de tous les

temps, et même, à l'heure actuelle, serait l'interprétation la plus heureuse de la pensée du législateur moderne, lorsqu'il déclare le débiteur libéré seulement par la force majeure.

Dans quelle mesure cette prétention est-elle justifiée ? C'est ce qu'il reste à savoir.

Au point de vue positif, il est fort permis, en effet, de douter de l'exactitude de la théorie précédente, au moins pour le droit romain.

En sa faveur, on invoque surtout cette loi 3 § 1 *Nautæ, caupones*[1], qui, dans certains contrats, met à la charge du débiteur les dommages même arrivés sans sa faute. Mais n'y aurait-il pas là, non pas le résultat d'une analyse raffinée des rapports des contractants, mais bien plutôt une survivance du système primitif, un souvenir de cette époque où la nécessité d'une faute était inconnue pour obtenir une condamnation ? Cette action accordée par le préteur, de plein droit, dans tous les cas, en présence du seul fait de la non-restitution des objets confiés, n'est-elle pas la conséquence directe de cette absence de toute idée d'imputabilité que l'on peut signaler à l'origine du droit romain ?

Plus tard, il est vrai, les interprètes ont corrigé cette rigueur du préteur ; mais, tout en atténuant la sévérité excessive de l'édit, ils crurent

1. D. 4, 9,

devoir cependant dans les hypothèses prévues par celui-ci, se montrer particulièrement exigeants, et ce, pour des raisons spéciales nettement indiquées au texte : la malhonnêteté traditionnelle des individus dont il s'agissait (*hoc genus hominum*), et la nécessité où l'on se trouvait de traiter avec eux et de s'en remettre à leur bonne foi. A cette exigence particulière répond la nécessité de la force majeure comme moyen de libération [1], la force majeure qui impliquera la diligence la plus stricte, l'absence de faute la plus complète de la part du débiteur, mais à laquelle il ne faut pas chercher à attribuer des caractères objectifs qu'elle ne possède pas, en voulant établir des distinctions impossibles à fonder en raison, et auxquelles la doctrine romaine n'a jamais songé [2].

Ces caractères, qui devaient, soi-disant, distinguer à première vue la force majeure du cas fortuit, ne sont-ils pas en effet faciles à formuler, surtout en théorie ? Admettons, ce qui n'est pas certain, que la nature extérieure de la force majeure puisse être établie *a priori*, sans discussion, en sera-t-il de même de la seconde condition ? « Le caractère fortuit de l'acte doit être

1. De même pour les *horrearii*. Les entreprises de cette espèce, possédant sans doute toute une organisation spéciale, devaient offrir à ceux qui usaient de leurs services des garanties particulières de sécurité : c'est à cette responsabilité plus étroite que le texte fait allusion en employant le terme *vis major* pour qualifier un événement qui libère l'entrepreneur.

2. Voir notamment le § 2, Inst. *Quibus modis re contrahitur*, 3, 14.

évident au premier abord » : encore est-il qu'il y aura « une place restreinte pour l'appréciation du juge » [1], partant lieu à contestation ; et, par suite, disparaît la distinction si laborieusement échafaudée entre le cas fortuit et la force majeure, puisque, dans l'un et l'autre cas, il faudra, pour les établir, recourir aux mêmes procédés, se livrer aux mêmes investigations, soulever les mêmes difficultés de preuve. Que le droit romain ait voulu imposer au débiteur une diligence particulière lorsqu'il le déclare libéré seulement par la force majeure, c'est ce qui ne paraît pas douteux ; mais qu'il ait déterminé, comme on le soutient, les « caractères objectifs » de la force majeure, c'est ce qui n'est pas démontré.

Dans notre droit, le législateur semble bien avoir donné à l'expression force majeure une valeur particulière ; il paraît l'appliquer surtout aux événements qui se caractérisent par leur violence, sans toutefois rien préciser à cet égard. Quelle conclusion en tirer ? Celle-ci apparemment :

C'est aux tribunaux, on le sait, qu'il appartient de déterminer souverainement si, en fait, il existe ou non une faute à la charge des parties contractantes : à cet égard, de simples indications leur sont fournies par les textes sur le plus ou moins de sévérité avec laquelle, dans l'esprit du législateur,

1. Exner, *op. cit.*, ch. 12, n° 2.

doit être appréciée la responsabilité du débiteur, sur le degré plus ou moins grand de diligence qui doit lui être imposé. Eh bien, lorsque c'est la force majeure qui est exigée comme moyen de libération, n'est-ce pas là une invitation aux tribunaux à se montrer plus rigoureux, à demander aux contractants tout le soin et la diligence possible dans l'exécution de leur obligation ? Le cas fortuit laisse encore place, sous ce rapport, à une certaine indulgence ; elle doit disparaître lorsque la force majeure est nécessaire pour libérer le débiteur, celle-ci correspondant à une aggravation de responsabilité [1].

Quant à vouloir établir une différence plus tranchée entre le cas fortuit et la force majeure, en l'absence de toute disposition formelle il n'y faut pas songer ; les distinctions que l'on pourrait présenter à ce sujet auraient toutes le même inconvénient, elles seraient purement arbitraires et n'existeraient sans doute que dans l'esprit de celui qui les proposerait.

En résumé, par cas fortuit et force majeure, il faut donc entendre tout événement qui empêche l'exécution d'un contrat sans qu'il y ait faute de la part des contractants. Qu'il soit le résultat des forces de la nature ou qu'il provienne du fait de l'homme, peu importe ; il suffit qu'il n'engage

1. Il est difficile de contester que la force majeure ne doive être entendue ainsi dans les art. 1927 et 1928, pour ne citer que ceux-là.

point la responsabilité du débiteur : le principe en jeu, c'est en effet celui de l'imputabilité, et la démonstration à faire dans tous les cas, c'est celle de l'absence de faute.

## CHAPITRE IV

### DE LA PREUVE DU CAS FORTUIT ET DE LA FORCE MAJEURE.

On sait quelle est d'une façon générale, en toute matière, l'importance de la question de preuve : n'avoir pas de droits ou ne pouvoir les démontrer, pour l'individu, revient pratiquement au même, ou peut s'en faut, puisqu'il ne peut faire valoir directement ce qu'il ne peut établir. De là l'intérêt que présente toujours cette question : à qui la preuve incombe-t-elle ? comment peut-elle être faite ? Dans la matière qui nous occupe, ces points ne laissent pas de soulever quelques difficultés.

**A.** Et d'abord, à qui la preuve du cas fortuit ou de la force majeure incombe-t-elle ? Est-ce au débiteur à prouver que l'inexécution de son engagement est due à un cas fortuit ? Est-ce au créancier à démontrer la faute de l'autre contractant ?

Sur ce point, nous retrouvons une théorie que nous avons eu déjà l'occasion de signaler et d'écarter.

Pour un système, en effet, lorsque le débiteur n'exécute pas son engagement, par cela même l'obligation née du contrat disparaît ; elle est

remplacée par une obligation nouvelle, obligation délictuelle résultant de la violation de la loi privée que se sont imposée les parties. Ce point de départ admis, les conséquences suivantes en découlent logiquement : lorsque la chose due est détruite, lorsque le fait promis n'est pas exécuté, c'est au créancier à prouver que la perte est imputable au débiteur ; c'est à lui de démontrer que l'inexécution est le résultat de la faute de ce dernier. Il doit établir qu'une obligation de réparer le préjudice causé incombe à celui-ci, obligation née du délit commis par lui ; et, cette preuve, il la fera, non pas seulement en prouvant le dommage subi par lui, mais en prouvant encore qu'il résulte de la faute de celui auquel il s'adresse pour en être indemnisé, conformément aux principes généraux posés dans l'art. 1382 C. civ. — Dans l'hypothèse prévue par ce texte, lorsqu'il s'agit d'un délit civil survenu en dehors de tout contrat, il ne suffit pas au demandeur d'établir la violation de la loi générale commise à son préjudice ; il faut qu'il démontre encore la faute de celui qu'il poursuit. Il n'en est pas autrement lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'un contrat, de la violation de la loi privée résultant de la convention des parties ; dans l'un et l'autre cas, les principes sont identiques et doivent recevoir la même application : c'est au demandeur à établir tous les éléments de sa créance, et la faute du débiteur est un de ces éléments.

D'ailleurs, prend-on soin d'ajouter, cette preuve sera facile à faire pour le créancier : en présence d'un contrat non exécuté, les tribunaux admettront aisément la faute du débiteur. Ils se montreront assez faciles sur les preuves apportées par le créancier ; et, en fait, la charge imposée à celui-ci ne sera pas aussi lourde qu'à première vue on pourrait le croire : il suffit de poser le principe ; dans l'application, les inconvénients qui pourraient en résulter disparaîtront d'eux-mêmes [1].

Un pareil système, à notre sens, ne saurait être admis.

Nous avons écarté précédemment l'idée même qui lui sert de point de départ, c'est-à-dire d'une obligation délictuelle succédant à celle née du contrat ; mais, cette idée même fût-elle vraie, il devrait néanmoins subsister, entre les obligations résultant d'un délit en dehors de toute convention et celles provenant de la violation d'un contrat, une différence marquée, au moins quant à la preuve.

Dans l'hypothèse prévue par l'art. 1382, quelle est la situation, en effet ? Il s'agit de faire naître une obligation à la charge d'un individu, de donner action contre lui, et pour en arriver là, une double condition est exigée par la loi : un fait dommageable et une faute de celui qui en est l'auteur.

1. Lefèvre, *De la responsabilité,* Revue critique, 1886, p. 490 et s.

N'est-il pas naturel d'imposer alors au créancier, ou à celui qui se prétend tel, la nécessité d'établir son droit, de démontrer qu'il satisfait aux conditions exigées par la loi ?

Mais, lorsqu'un contrat est intervenu, est-ce que le droit du créancier ne ressort pas nettement de la convention qui a été passée? Il ne s'agit plus de faire naître une obligation de la disposition générale de l'art. 1382: l'obligation, elle existe, au contraire; le créancier la démontre titre en mains ; elle force le débiteur à livrer telle chose déterminée, à accomplir tel fait positif, à s'abstenir de de tel acte indiqué d'une manière précise. Un lien de droit existe à sa charge, et c'est à lui de prouver qu'il en est dégagé, soit parce qu'il a acquitté sa dette, soit parce qu'il est libéré par un des autres modes reconnus par la loi. En tout cas, c'est faire produire à un principe théorique des conséquences inadmissibles que de faire résulter cette preuve de ce seul fait que l'engagement n'a pas été rempli. — Tenu d'une obligation de donner, chargé de veiller à la conservation de la chose due, d'écarter les dangers qui peuvent la menacer, il suffirait alors au débiteur de prouver la perte de l'objet dû pour être tout d'abord libéré ? Mais, au contraire, cette perte ne démontre-t-elle pas, jusqu'à plus ample information, qu'il n'a pas rempli comme il le devait son engagemeut? — Tenu d'une obligation de faire, il ne s'exécute pas : comment admettre qu'il ne soit pas lié jusqu'à ce qu'il ait établi sa libération ?

Obligé de s'abstenir d'un acte déterminé, il l'accomplit : n'est-ce pas à lui d'apporter la justification du fait qui lui est reproché? En décider autrement et renverser les rôles, ce serait ne pas tenir compte de la situation respective légitimement faite aux parties par le contrat ; ce serait nier que celui-ci peut engendrer une obligation.

De plus, et indépendamment de la question de principe, en fait, dans la plupartdes cas, n'est-ce pas le débiteur qui sera seul à même de connaître les raisons qui ont amené l'inexécution du contrat et, partant, de se justifier s'il y a lieu ? Obliger, au contraire, le créancier à prouver la faute de l'autre contractant,ce serait bien souvent lui imposer une preuve au-dessus de ses forces ; et, si l'on soutient que les tribunaux se montreront particulièrement faciles à son égard, il est permis de se demander à quoi sert d'établir un principe pour reconnaître immédiatement qu'il doit être écarté dans l'application.

*c).* C'est donc au débiteur qu'il appartiendra, en principe, de faire la preuve du cas fortuit qu'il allègue ; et l'on peut affirmer que cette règle, difficilement contestable au point de vue rationnel, a toujours triomphé dans le droit positif.

Si le droit romain ne renferme pas de dispositions générales à cet égard, on est cependant conduit à la solution indiquée par l'application des principes ordinaires en matière de preuve. C'est

au demandeur à démontrer ce qu'il avance; et, lorsqu'il s'agit d'une exception, celui qui l'oppose devient demandeur, et doit en apporter la preuve : « *reus in exceptione fit actor* »[1]; en invoquant le cas fortuit, le débiteur invoque une exception[2]; c'est donc à lui de l'établir.

Une distinction a toutefois été proposée : dans certains contrats, le débiteur répond de la « *culpa levis in concreto* », de la faute qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires; dans d'autres, il est tenu seulement de son dol et de la « *culpa lata quæ dolo æquiparatur* » : dans l'un et l'autre cas, aura-t-il à faire la preuve de l'absence de faute de sa part ? D'une manière générale, les interprètes ne l'ont pas admis; et, comme le dol en principe ne se présume pas, ils ont posé en règle qu'il appartiendrait au créancier d'établir le dol et même la faute lourde de son débiteur, lorsque la responsabilité contractuelle de ce dernier ne serait pas plus étendue, la règle ordinaire reprenant son empire dans les autres hypothèses. — Le but de cette distinction est surtout d'établir une différence marquée entre le cas où le débiteur répond de la faute envisagée *in concreto*, et celui où il est tenu uniquement de son dol et de sa faute lourde; mais, en elle-même, elle est l'œuvre des interprètes; elle trouve diffici-

1. L, 19, *De probat.*, D. 22, 3.

2. L. 3, § 1. *Nautæ, caupones*, D. 4, 9. — L. 5, *De pignerat. act.* C. 4, 24

lement appui dans les textes, et, en tout cas, elle constitue une exception qui n'infirme nullement le principe général : c'est au débiteur de prouver l'événement qui entraîne sa libération.

Le même principe est consacré également d'une manière expresse par le Code civil ; d'après l'article 1382, en effet, « le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue », disposition conforme aux règles générales en matière de preuve, telles qu'elles sont formulées à propos des contrats, notamment dans l'article 1315 :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

« Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Le cas fortuit est un de ces faits qui produisent l'extinction de l'obligation, il est donc compris dans la règle générale.

B. C'est donc bien au débiteur qu'il appartiendra d'établir sa libération, de démontrer que l'inexécution du contrat ne provient pas de sa faute, qu'elle est le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Mais, si le principe en lui-même est hors de doute, encore faut-il ne pas en exagérer la portée et le maintenir dans de justes limites.

*a).* Et, pour préciser, supposons le débiteur,

un dépositaire par exemple, tenu de conserver une chose pour la remettre au créancier, obligé de veiller sur elle et d'écarter les dangers qui peuvent la menacer. Si l'objet ainsi dû vient à périr entre ses mains, lui suffira-t-il, pour se libérer, d'établir que la perte provient de tel événement qu'il ne pouvait prévoir ou dont il ne pouvait éviter les conséquences dommageables, ou devra-t-il encore démontrer qu'aucune faute de sa part n'a précédé ou suivi le cas fortuit en question ? Ou bien, sera-ce au créancier à établir cette faute, qui, étrangère par elle-même au fait présenté comme cas fortuit, a permis cependant à celui-ci de produire les effets désastreux qui lui sont attribués ? Dans l'espèce indiquée, notamment, le dépositaire qui aura établi que l'objet à lui confié a péri par suite d'un accident dont il ne peut être rendu responsable, sera-t-il quitte de son obligation, si le créancier ne démontre pas à son tour que la perte ainsi survenue est due à une faute qui avait précédé l'arrivée du cas fortuit, par exemple parce que la chose déposée n'avait pas été placée là où elle aurait dû l'être ? Dans un instant, en effet, nous verrons que le débiteur, en pareille circonstance, répond des conséquences de sa faute.

Sur cette difficulté, c'est à la doctrine suivante qu'il convient de se ranger : la preuve du débiteur sera faite lorsqu'il aura établi d'abord l'existence d'un cas fortuit, d'un événement qu'aux termes

de son contrat il ne pouvait ni ne devait prévoir ou écarter, et de plus le lien direct de cause à effet entre l'événement indiqué et la perte survenue, et l'inexécution qui s'en est suivie. Cette preuve apportée, ce sera au créancier de la détruire, s'il y a lieu, ou du moins d'en écarter les effets en démontrant l'existence d'une faute qui a précédé ou suivi le cas fortuit, faute étrangère à la survenance de cet événement lui-même, mais qui en a amené cependant les suites dommageables. En décider autrement, ce serait abandonner les règles ordinaires en matière de preuve et imposer, sans pouvoir la justifier, une charge trop lourde au débiteur, sous laquelle il succomberait le plus souvent : en démontrant que l'inexécution du contrat provient de tel cas fortuit, sa libération est établie jusqu'à plus ample informé ; c'est à celui qui le conteste de prouver le contraire.

C'était déjà le principe consacré à Rome, où le cas fortuit libère le débiteur « *nisi culpa interveniat* », cette intervention d'une faute devant apparemment être démontrée par celui qui l'invoque[1] ; et, dans le Code civil, nous le trouvons expressément formulé dans l'art. 1808 à propos du bail à cheptel, dans lequel, en cas de contestation sur le point de savoir si une faute a précédé ou non le cas fortuit, « le preneur est tenu de prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la

1. L. 5, § 4, *Commodati*, D. 13, 6. — L. 5. *De pignerat. act.* C. 4, 24.

faute qu'il impute au preneur ». Il n'y a là qu'une application des règles du droit commun ; il n'y a donc pas lieu de la restreindre à l'hypothèse spécialement prévue.

*b)*. Quant au débiteur, tenu de prouver seulement l'existence du cas fortuit et la relation de cause à effet entre ce fait et l'inexécution du contrat, selon les cas il réussira plus ou moins facilement à établir sa libération.

Il est des événements, en effet, qui par eux-mêmes impliquent absence de faute de la part du contractant ; à première vue, il apparaît qu'il n'a pu ni les amener ni les empêcher : tels les ravages de la guerre, un incendie allumé par le feu du ciel, les bouleversements dus aux forces de la nature, le fait du prince intervenant sous forme de loi ou de toute autre manière. Il suffira de démontrer leur existence, d'établir qu'ils sont la cause directe de la perte de l'objet dû ou de l'inexécution du contrat, pour écarter le plus souvent *a priori* toute idée de faute de la part du débiteur, sauf la preuve contraire à faire par le créancier.

Dans d'autres hypothèses, en revanche, le fait invoqué n'emportera pas ainsi par lui-même cette présomption d'absence de faute ; il y aura lieu d'établir d'une manière plus complète et le caractère de l'événement en question, et les circonstances qui l'ont amené ou accompagné, preuve

qui incombera au débiteur, et différera avec chaque contrat selon les engagements pris et l'étendue de la responsabilité encourue. — Sans entrer dans l'examen des cas particuliers qui peuvent se présenter à l'infini, il est un événement cependant sur lequel il est permis d'attirer plus spécialement l'attention, en raison de la fréquence avec laquelle il se présente et des difficultés qu'il soulève au point de vue spécial de la preuve. Les solutions diverses que celles-ci comportent serviront, d'ailleurs, à établir combien l'application des principes les mieux établis peut varier selon les conventions intervenues : nous entendons parler ici de l'incendie.

Par lui-même, l'incendie constitue-t-il un cas fortuit ? Implique-t-il *a priori* absence de faute de la part du débiteur, ou bien faut-il en établir la cause d'une manière plus précise ? — A cette question il est impossible, croyons-nous, de donner pour tous les contrats une réponse uniforme.

Dans les contrats où une chose est confiée à l'une des parties en présence avec mission de veiller à sa conservation, il a presque toujours été admis que l'incendie, par lui-même, ne libérait pas le débiteur. S'il peut n'être pas occasionné par la faute de celui-ci, il peut aussi lui être imputable ; et, lorsqu'il est spécialement tenu de veiller sur l'objet qui lui a été remis,

l'incertitude s'interprète contre lui : il lui appartient de la faire cesser en démontrant la cause de l'accident.

Il en était ainsi à Rome, au moins dans le contrat de louage ; c'est ce que l'on peut inférer des dispositions, d'ailleurs assez vagues, contenues dans les textes à ce sujet, et d'après lesquelles l'incendie provient le plus souvent de la faute des habitants des lieux loués, et ne constitue pas par lui-même un cas fortuit : le locataire pour être libéré devait donc être obligé d'en démontrer la cause [1] ; autrement, il en était responsable. — En revanche, dans d'autres contrats, il semble bien que l'incendie était par lui-même regardé comme un cas fortuit, libérant le débiteur sans autre preuve, sauf au créancier à établir l'existence d'une faute ; ce qui démontre une fois de plus combien est variable, selon les cas, la notion du cas fortuit [2].

Dans notre ancien droit, certaines coutumes considéraient de même l'incendie comme écartant à première vue toute idée de faute, même dans le contrat de louage où la question se présentait le plus fréquemment [3] ; dans d'autres, la solution à donner était discutée [4] ; mais, pour le

1. L. 3, § 1. *De offic. præf. vig.*, D. 1, 15. — L. 11. *De peric. et commod. rei vendit.*, D. 18, 6. — L. 11, § 1. *Locat. conduc.*, D. 19, 2.

2 L. 5, § 4, l. 18 pr. *Commodati*, D. 13, 6. — L. 23. *De reg. juris.*, D. 50, 17. — § 2. *Quibus modis re contrahit.*, Inst. 3, 14.

3. Hainaut, *Ch. gén.* art. 8, ch. 117.

4. Basnage *sur la Cout. de Normandie*, art. 453, t. 2, p. 333.

plus grand nombre, le débiteur était tenu de justifier la cause du sinistre survenu, sous peine d'en être responsable vis-à-vis de son cocontractant [1], quelquefois même d'être réputé de plein droit en faute vis-à-vis des tiers avec lesquels il n'avait pas traité [2].

Dans le Code civil, l'article 1733 suffit à lui seul à prouver que l'incendie par lui-même n'est pas réputé cas fortuit aux yeux du législateur, du moins en matière de bail; aux termes de cet article le locataire en est en effet responsable, à moins qu'il ne démontre que la cause ne peut lui en être imputée. Tenu vis-à-vis du propriétaire d'une obligation portant sur un corps certain, obligé de veiller à la conservation de la chose louée, de la préserver de l'incendie, le locataire ne démontre nullement que l'inexécution de son contrat provient d'un cas fortuit en prouvant que la chose louée a péri par incendie. Par lui-même, cet événement peut provenir aussi bien d'un cas fortuit que d'une faute du locataire; il fait même supposer cette faute jusqu'à preuve contraire; il fait présumer que le débiteur n'a pas exécuté comme il le devait l'obligation de surveillance qui lui incombait; c'est donc à juste titre que l'article 1733 le contraint à démontrer la cause de

1. Pothier, *Du louage*, n° 194
2. Denizard, v° *Incendie*, n° 7.

l'incendie, cause que d'ailleurs il sera, mieux que personne, à même de connaître, se trouvant d'ordinaire sur les lieux, ayant assisté le plus souvent aux commencements du sinistre, pouvant par suite donner à cet égard des indications que ne pourrait presque jamais fournir le bailleur, généralement absent et éloigné.

Et ce qui convient au louage, il faudrait, croyons-nous, l'appliquer également dans toutes les hypothèses où les mêmes raisons de décider se retrouvent, où la même obligation de surveillance est imposée au débiteur. Dans ce cas, l'incendie, par lui-même, ne constituera pas un cas fortuit; tout dépendra de la cause dont il proviendra, et cette cause, il appartiendra au débiteur de la démontrer [1].

Mais en serait-il de même dans une obligation de faire, par exemple, qui n'impliquerait pas spécialement l'engagement de veiller à la garde d'une chose déterminée? — Un industriel, pour citer un cas, s'oblige à exécuter un certain travail en employant l'outillage dont il dispose; un incendie détruit son usine : sera-t-il responsable de l'inexécution du contrat, s'il n'établit pas la cause du sinistre? ou bien, à l'inverse, l'accident ne sera-t-il pas, jusqu'à preuve contraire, tenu pour fortuit,

1. Cassat., 23 août 1858 (Dalloz, 58, 1, 359). — Cassat. 3 janvier 1874 (Dall., 76, 1, 377).

sans entraîner aucune responsabilité pour la non-exécution de l'engagement ou le retard qui s'y trouve apporté, dans le cas où l'empêchement, étant seulement momentané, n'autoriserait pas le débiteur à se tenir pour délié de ses obligations ? Il est difficile de ne pas se prononcer en ce dernier sens : preuve de la diversité des situations respectives des parties en présence, dans une matière où la convention des particuliers est la règle suprême.

Et ce qui vient d'être dit pour l'incendie, on pourrait le démontrer pour d'autres événements qui, eux aussi, selon les cas, selon l'étendue de l'obligation assumée par le débiteur, seront de plein droit tenus pour cas fortuits, ou bien exigeront une preuve plus complète, plus décisive de leur cause et de leurs caractères. Mais ce serait entrer dans des questions de fait qui doivent demeurer étrangères à notre étude : il suffit d'avoir établi le principe.

**C.** Reste une dernière question relative à la preuve du cas fortuit, et sur laquelle ne saurait s'élever de contestation sérieuse.

Lorsque nous parlons de la preuve du cas fortuit à faire par le débiteur, faut-il entendre par là que ce dernier doit forcément établir l'existence d'un fait positif, d'un événement déterminé qui a causé l'inexécution du contrat ? ou bien, la preuve de sa libération, pourra-t-il la faire indirectement,

en prouvant seulement qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires, observé toutes les précautions requises pour remplir son engagement, en un mot qu'il n'a pas commis de faute ? Après ce qui a été dit sur le cas fortuit et le rôle de la faute en matière contractuelle, ce dernier point de vue doit être adopté : le cas fortuit peut être établi aussi bien d'une manière directe que d'une manière indirecte, d'une façon positive ou négative.

Toutefois, il faut bien reconnaître qu'en fait, le débiteur éprouvera beaucoup plus de difficulté dans un cas que dans l'autre à faire admettre sa non-responsabilité. En invoquant un événement précis, positif, dont il est facile d'apprécier le caractère et de déterminer les conséquences, il limite immédiatement le champ de la discussion, et fait disparaître toute incertitude sur la cause de l'accident survenu ; en se bornant à invoquer l'absence de faute et à vouloir la prouver d'une manière indirecte, bien souvent il laissera subsister un doute qui s'interprétera contre lui ; la preuve apportée sera jugée incomplète et insuffisante : mais il n'y a là qu'une question de fait, non de principe. Aussi, en adoptant ce point de vue, il est facile de se prononcer sur une difficulté qui a parfois été soulevée sous le Code civil, à propos de cette question que nous examinions il y a un instant de l'incendie dans le louage.

L'art. 1732 C. civ. ayant déclaré d'une manière générale que le locataire ne répondait pas des

pertes et des détériorations survenant sans sa faute, l'art. 1733 ajoute qu'il est responsable de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que celui-ci « est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine ». Or, on a voulu voir une opposition entre ces deux textes, le second se montrant plus exigeant que le premier et ne se contentant pas, en cas d'incendie, de la simple preuve négative de l'absence de faute, mais demandant la preuve positive d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Si telle n'était pas sa portée en effet, l'art. 1733 serait inutile en présence de la généralité des termes de l'art. 1732 ; son but ne peut donc être que de limiter les moyens laissés au débiteur pour établir, en cas d'incendie, sa non-responsabilité ; d'où cette conséquence plus générale : lorsque le législateur déclare expressément l'un des contractants libéré seulement par le cas fortuit ou la force majeure, il lui impose une preuve directe et positive.

Ce raisonnement n'a pas été admis au point de vue spécial du bail ; on a fait remarquer avec raison que, même en présence de l'art. 1732, l'art. 1733 n'était pas inutile, en 1804 surtout, pour trancher cette question discutée dans notre ancien droit : le locataire répond-il ou non de l'incendie ? Quant aux modes de preuves qu'il indique, sa disposition sur ce point est empruntée à Pothier, qui accordait au locataire toute liberté pour établir

l'absence d'une faute de sa part, et rien ne prouve que le législateur de 1804 ait entendu abandonner cette doctrine ; les travaux préparatoires démontrent au contraire qu'il a entendu la conserver [1].

Mais ce qui est exact pour le bail n'est pas moins vrai à un point de vue beaucoup plus général ; la loi n'a nullement déterminé de quelle manière devait s'établir le cas fortuit : qu'il soit prouvé directement ou indirectement, d'une manière positive ou négative, peu importe, dès l'instant qu'il résulte de la preuve apportée que le débiteur n'a pas commis de faute.

Pour terminer, ajoutons encore que toute latitude est laissée au débiteur, quant aux modes de preuves à employer pour établir l'événement qui éteint son obligation ; il s'agit là, en effet, d'accidents de toute nature dont il est impossible de se procurer une preuve écrite, ni à l'avance, ce qui va de soi, ni au moment même où ils se produisent : il y aura donc, en toute hypothèse, ouverture à la preuve testimoniale, conformément à l'art. 1348.

1. Fenet., 14, p. 249-250.

# DEUXIÈME PARTIE

## DES RISQUES

Avec la question des risques, nous abordons la deuxième partie des explications que nous nous sommes proposées sur le cas fortuit et la force majeure dans les contrats.

Après avoir examiné le caractère des événements auxquels convient la qualification de cas fortuit ou de force majeure, indiqué le principe sur lequel repose l'effet libératoire qui leur appartient, et les conditions dans lesquelles il s'applique, il importe de déterminer d'une manière plus précise sur lequel des contractants retombera la perte survenue dans les circonstances précédemment indiquées, par suite d'un accident qui n'entraîne pas la responsabilité des parties en présence.

Avoir les risques à sa charge, pour le débiteur, ce sera être tenu, malgré l'événement arrivé, soit d'exécuter son engagement, soit d'indemniser

l'autre contractant, lorsqu'il s'agira d'un contrat unilatéral ; et, lorsqu'il s'agira d'un contrat synallagmatique, ce sera plus spécialement la nécessité pour lui de renoncer à exercer le droit que lui conférait la convention intervenue. Pour le créancier, supporter les risques, ce sera, en toute hypothèse, voir disparaître le droit né à son profit du contrat, avec l'obligation de fournir néanmoins la prestation par lui due, lorsque l'engagement sera synallagmatique.

La perte à subir dans ces conditions, ce sera bien évidemment la convention des parties en présence qui déterminera sur lequel des contractants elle doit retomber. Elle sera supportée par celui à la charge duquel elle a été mise, d'un accord tacite ou formel ; c'est du moins le principe qui doit dominer dans tous les contrats, quels qu'ils soient, et qui doit nous guider dans l'examen qu'il y a lieu de faire de chacun d'eux en particulier.

Toutefois, avant d'aborder cette étude de détail, il importe d'examiner certaines applications générales du principe qui se présentent :

1° Lorsqu'une convention est spécialement intervenue au sujet des risques ;

2° Lorsqu'une des parties les assume en raison des principes concernant la demeure et la faute contractuelle.

# CHAPITRE PREMIER

## DES CONVENTIONS RELATIVES AUX RISQUES.

### SECTION PREMIÈRE.

#### De la clause expresse.

Une convention expresse réglant, entre les parties contractantes, la répartition des dommages qui peuvent snrvenir par cas fortuit ou force majeure, tel est assurément le procédé le plus simple pour couper court aux difficultés qui peuvent s'élever à cet égard ; et, en principe, on n'aperçoit rien qui puisse s'opposer à la validité d'une clause de cette nature : il y a là un aléa, une chance à courir, qui, apparemment, peut faire l'objet d'un accord entre les intéressés. — Il importe, cependant, de distinguer à cet égard entre les clauses par lesquelles le débiteur, la partie obligée de donner une chose ou d'exécuter un fait, aggrave la situation à elle normalement faite par le contrat, et la convention par laquelle, au contraire, elle rend sa condition meilleure en rejetant les risques sur l'autre contractant.

§ 1er.

*Des risques mis à la charge du débiteur.*

A. Par une convention formelle, le débiteur aggrave sa responsabilité : il s'oblige à apporter,

dans l'exécution du contrat, une diligence exceptionnelle, dépassant la mesure de celle qui est ordinairement exigée ; il fait plus, et s'engage à répondre même des accidents qui surviendraient sans la moindre négligence de sa part, sans qu'il puisse les empêcher. Une pareille clause accompagnant le contrat est-elle valable ? — Jamais, sur ce point, l'affirmative ne paraît pas avoir fait l'objet du moindre doute.

*a).* A Rome, une semblable convention, par laquelle le débiteur aggravait sa situation en se chargeant du « *periculum rei* », était certainement admise, comme en témoignent les dispositions nombreuses sur ce sujet renfermées dans les textes, [1], sans la moindre restriction apportée à la liberté des parties contractantes.

Quant au procédé employé par celles-ci pour atteindre leur but, il était bien simple ; point ne leur était besoin de recourir à quelque mode solennel de contracter ; un pacte adjoint au contrat suffisait, pacte qui selon toute apparence se faisait valoir par voie d'exception. Le débiteur opposant au créancier la perte survenue par cas fortuit, l'impossibilité d'exécuter due à une force majeure, celui-ci répliquait par l'exception *pacti conventi,* qui

1. L. 7. § 15, *De pactis,* D. 2,14.—L. 1, § 35, *Depos. vel contra.,* D. 16, 3 — L. 39, *Mandat. vel contra.,* D. 17, 1. — L. 9, § 2, l. 11, § 1, *Loc. conduct.,* D. 19, 2. — L. 23, *De reg. juris,* D. 50, 17. — L. 1, *Comm.,* C. 4, 23. L. 1, *Depos.,* C. 4, 34.

mettait ces risques à la charge du débiteur, et paralysait ainsi le moyen de défense qui lui était opposé.

De cette façon, une convention qui, en définitive, avait pour effet d'augmenter les charges de l'un des contractants se trouvait exceptionnellement sanctionnée en toute hypothèse, c'est-à-dire qu'elle eût été adjointe au contrat *in continenti* ou *ex intervallo*[1]. Faute d'adopter cette manière de voir, il faudrait admettre que le pacte destiné à mettre les risques à la charge du débiteur devait être adjoint au contrat *in continenti*, son effet étant d'ajouter à l'obligation primitive, et les pactes de cette nature étant dénués de tout effet lorsqu'ils étaient adjoints *ex intervallo*.

*b)*. Dans notre ancien droit, la validité d'une clause spéciale relative aux risques n'a jamais été contestée, et Pothier la justifiait en fort bons termes : « Les conventions par lesquelles un débiteur se charge des cas fortuits n'ont rien de

1. On connaît l'importance à ce point de vue de la distinction entre les pactes adjoints *in continenti* ou *ex intervallo*. En principe, à Rome, les simples pactes n'ont jamais engendré d'action ; seulement, à cette rigueur du droit civil, le préteur apporta des tempéraments. L'exception fut le premier procédé usité pour donner effet aux pactes, procédé efficace si le pacte diminuait l'étendue de l'obligation, à peu près inutile s'il avait, au contraire, pour but de l'augmenter, le créancier ayant en pareil cas surtout besoin d'une action. Par un progrès plus considérable, les pactes adjoints à un contrat de bonne foi et même, en dernier lieu, à un contrat de droit strict furent sanctionnés par l'action même du contrat, mais à une condition, c'était d'être adjoints au contrat *in continenti* ; adjoints *ex intervallo*, ils continuèrent à ne valoir qu'*exceptionis ope*.

contraire à l'équité qui doit régner dans les contrats, surtout lorsque le débiteur qui se charge du risque reçoit de l'autre partie quelque chose d'équivalent à l'estimation du risque dont il s'est chargé ; car les risques sont quelque chose d'appréciable[1]. »

*c)*. Le Code civil a adopté le même principe : l'article 1302 consacre d'une manière générale la validité des conventions relatives aux risques, conventions auxquelles il est d'ailleurs fait allusion à diverses reprises pour des hypothèses spéciales[2].

Dans quelques cas cependant, le législateur a cru devoir prohiber la clause en question, ou tout au moins en limiter la portée. C'est ainsi notamment qu'aux termes de l'article 1811 du Code civil : « On ne peut stipuler que le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute,

« Ou qu'il supportera, dans la perte, une part plus grande que dans le profit. »

Disposition qu'il faut rapprocher de celle de l'article 1855 en matière de société : « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle.

« Il en est de même de la stipulation qui affran-

1. *Des obligations*, n° 668.
2. V. art. 1772, 1825, 1883.

chirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par un ou plusieurs des associés. »

Des stipulations de ce genre seraient contraires à l'égalité dans la bonne et la mauvaise fortune qui doit régner entre associés, et même entre le bailleur à cheptel et son fermier, qui, à certains égards, peuvent être regardés comme associés. Dans ce dernier cas surtout, elles auraient des effets désastreux pour le fermier, obligé trop souvent d'accepter les conditions qui lui sont imposées; aussi dans un but de protection et d'ordre public sont-elles prohibées par la loi. Mais ces exceptions mises à part, exceptions sur lesquelles nous nous réservons d'ailleurs de revenir d'une manière plus complète, le principe général de la liberté des conventions reprend tout son empire.

Quant à la forme dans laquelle peut être conçue la clause relative aux risques, elle n'a rien de particulier, et il faut voir une application des principes généraux en matière d'interprétation des conventions dans la règle posée par l'art. 1772, qui, en matière de bail, exige une stipulation expresse pour mettre les cas fortuits à la charge du preneur : « Le preneur peut être chargé des cas fortuits par une stipulation expresse. » (Art. 1772 C. civ.)

Il ne s'agit pas là, en effet, d'une disposition spéciale au contrat de louage ; la clause par laquelle un individu se charge des cas fortuits aggrave sa situation ; elle doit donc résulter d'une interpré-

tation non douteuse de sa volonté. Si le législateur a cru devoir s'en exprimer formellement à propos du louage, c'est surtout pour trancher certaines difficultés qui s'étaient élevées dans notre ancien droit sur la portée de quelques clauses dont le sens demeurait indécis, et notamment celle-ci : lorsque le bail portait « que les fermes seront payées sans aucune diminution », le fermier était-il censé se charger des accidents qui causeraient la perte totale des fruits et qui, en principe, lui donneraient droit à une remise des fermages ? Tout en reconnaissant « que les clauses doivent s'interpréter dans le sens qui leur donne un effet, plutôt que dans celui selon lequel elles n'en auraient aucun », Pothier déclarait cependant « que, la clause par laquelle le fermier se charge des risques des accidents extraordinaires qui empêchent sa jouissance étant une clause contraire à la nature du bail à ferme, elle doit être expresse, et ne doit pas s'inférer de la clause par laquelle il est dit que les fermes se payeront sans aucune diminution [1] ». C'est cette doctrine que les législateurs de 1804 ont entendu sans doute reproduire, doctrine conforme à ce principe général de notre droit que, dans le doute, la convention s'interprète en faveur du débiteur (art. 1162), principe applicable, par conséquent, non pas seulement au bail, mais à tous les contrats sans exception.

1. *Du louage*, n° 178.

**B.** Le débiteur peut donc prendre à sa charge les risques ; par une clause expresse, sur le sens de laquelle il n'y ait pas à se méprendre, il peut répondre du cas fortuit et de la force majeure en dehors des règles ordinaires des contrats. Mais, si le principe est certain, dans l'application il n'a pas laissé de soulever des contestations fort vives ; si la validité de la clause n'est pas en jeu, sa portée a été discutée.

Si les cas fortuits proviennent, en effet, des causes les plus diverses, il en est cependant certains qui se présentent plus fréquemment, auxquels on se sait plus particulièrement exposé, et dont il y a lieu surtout de redouter les conséquences. Le contractant qui se charge des cas fortuits entend-il répondre, sans exception, de tous les accidents, quels qu'ils soient, qui peuvent survenir ; ou bien ne veut-il prendre à son compte que certains d'entre eux qu'il y aurait lieu plus particulièrement de prévoir au moment de la formation du contrat? Bien entendu, si la convention spécifiait le genre d'accident dont on entend réparer les conséquences, aucune difficulté ne saurait s'élever sur la portée de la clause en question ; mais que décider dans le cas contraire ?

*a).* Sur ce point les opinions les plus diverses s'étaient fait jour parmi les romanistes au sujet de la doctrine suivie à Rome [1].

1. Voir les autorités en sens divers dans Donеau, *De jure civili*, liv. 16, ch. 3, III, n° 3.

Ainsi, d'après un auteur, la clause par laquelle le contractant se serait chargé des cas fortuits ne devait s'entendre que des cas fortuits absolument exceptionnels, et ne comprenait pas les cas fortuits ordinaires, ceux auxquels il y a lieu surtout de s'attendre et qui se produisent le plus fréquemment. Le principe invoqué était le suivant : toute convention doit s'interpréter en faveur du débiteur ; or, la charge des risques sera pour celui-ci d'autant moins lourde qu'il répondra uniquement des événements tout à fait exceptionnels, et non de ceux qui se produisent le plus fréquemment ; c'est donc de ceux-là seuls qu'il est censé avoir assumé le fardeau par la clause en question. — Quant aux arguments positifs invoqués à l'appui de cette opinion, ils provenaient de textes où il faut un véritable effort d'imagination pour trouver trace du système proposé [1].

En sens inverse, pour une autre doctrine, et elle comptait nombre d'adhérents, la clause par laquelle le débiteur acceptait la charge des risques, le « *periculum* » s'entendait de tous les accidents sans restriction, quelle que fût leur cause, qu'ils fussent ou non exceptionnels : la convention ne faisant pas de distinction, il fallait lui donner tout l'effet qu'elle pouvait comporter, sans en restreindre arbitrairement la portée.

Enfin, d'après une dernière opinion, il y

1. C'étaient : les l. 15. *Locati*, D. 19, 2 ; l. 78, § 3, *De contr. emp.*, D. 18, 1 ; l. 6. *De pign. act.*, C. 4, 24.

aurait eu à distinguer, en droit romain, entre les « *casus soliti* et les « *casus insoliti* », entre les cas fortuits qui avaient pu être prévus au moment du contrat comme étant ceux auxquels il fallait surtout s'attendre, et ceux tout à fait exceptionnels qui ne s'étaient pas présentés à la pensée des contractants au moment où intervenait leur convention. A moins d'une indication formelle à ce sujet, le débiteur, en se chargeant des cas fortuits, entendait répondre des premiers seulement: solution éminemment rationnelle et qui paraît bien avoir été celle du droit romain, puisque, dans les pactes, c'était avant tout l'intention des parties contractantes qu'il fallait prendre en considération. Or, jusqu'à preuve faite, la volonté du débiteur de se charger des cas fortuits d'une manière absolue n'apparaît pas d'une façon certaine ; il peut y avoir doute sur la portée de la convention intervenue; il y a donc lieu d'apprécier la clause dans chaque cas particulier, et de rechercher à quels accidents elle se rapportait dans l'intention des contractants. On ne voit pas, en effet, la raison pour laquelle ce qui aurait pu être l'effet d'une convention expresse ne pourrait pas en résulter tacitement, et pourquoi une limitation quelconque devrait être toujours formellement exprimée.

*b).* Dans notre ancien droit, les mêmes discussions s'étaient élevées, et avaient donné lieu à la même divergence de vues.

Toutefois, les auteurs inclinaient en général à admettre que la clause par laquelle le débiteur acceptait la charge des cas fortuits n'avait pas par elle-même une valeur absolue : « Quelque générale que soit la clause, elle ne comprend que les cas fortuits qui ont pu être prévus par les parties, et non pas ceux qu'elles n'ont pu prévoir et auxquels il n'y avait nullement lieu de s'attendre [1]. » Certains écrivains allaient même jusqu'à soutenir que la portée de la clause n'était pas augmentée lorsque, d'après la convention, le débiteur « se chargeait de tous les cas fortuits, tant prévus qu'imprévus. » — A force de vouloir obliger le débiteur dans la mesure seulement où il entendait être tenu, c'était en arriver à méconnaître son intention, même formellement exprimée, et réduire à néant une clause sur le sens de laquelle il était pourtant difficile de se méprendre [2].

Quant aux distinctions proposées pour reconnaître quels étaient les cas fortuits prévus et imprévus, elles sont œuvre de pure imagination. Nos anciens auteurs auraient dû ne pas s'en embarrasser, et reconnaître qu'il y avait là seulement une question de fait, difficile sans doute à résoudre parfois, mais qu'il n'y avait pas à essayer de trancher à l'aide de classifications arbitraires

1. Pothier, *Des obligations*, n° 668. — Cf. Domat, *Lois civ.*, I. t. 4, sect. 4, art. 6.

2. V. Pothier, *Du louage*, n° 178.

établies d'avance : aussi est-il inutile de les suivre sur ce terrain.

*c).* Sous l'empire du Code civil, y a-t-il lieu de faire cette distinction traditionnelle entre les cas fortuits prévus et ceux qui ne le sont pas ; ou, plus exactement encore, y a-t-il lieu d'apprécier quelle portée les parties ont entendu donner à la clause relative aux risques ? — A s'en tenir aux travaux préparatoires du Code, la négative devrait être admise.

Dans l'exposé des motifs de l'article 1302, le tribun Jaubert laissait entendre, en effet, que l'expression cas fortuit était générale, et qu'il n'y avait pas de distinction à faire lorsque le débiteur les prenait à sa charge :

« Le créancier a un moyen d'éviter toute difficulté, de prévenir toute exception en chargeant le débiteur des cas fortuits. Alors, que le débiteur soit ou ne soit pas en demeure, que la chose ait dû également périr ou se perdre si elle avait été livrée au créancier, rien de cela ne peut plus faire matière à examen. La clause sur les cas fortuits répond à tout ; le débiteur reste obligé.

« La loi dit : Les cas fortuits... L'expression est absolue ; ainsi, à moins qu'une loi sur une espèce de contrat n'établisse un droit particulier, on ne verra plus ces distinctions qui donnaient lieu à tant de procès : le cas fortuit était-il ordinaire ou extraordinaire ? avait-il été prévu ? La loi

comprend toute espèce de cas fortuits, par cela seul qu'elle ne distingue pas [1]. »

En regard de ces déclarations et pour en détruire la portée, il faut placer cette règle de raison écrite dans l'art. 1156 : « On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » — Si donc il apparaît que le débiteur n'a entendu se charger des cas fortuits que dans une certaine mesure, sans vouloir répondre de tous sans exception, il faudra bien faire une distinction, difficile peut-être, mais non impossible, entre les divers accidents qui peuvent se produire. Ce n'est pas l'opinion exprimée par l'un des rédacteurs du Code qui peut prévaloir contre un des principes les mieux établis et les plus justifiés de notre droit actuel.

Aussi voyons une application de ce principe général, et non « une loi sur une espèce de contrat établissant un droit particulier », dans l'art. 1773, qui, visant l'hypothèse d'une convention formelle au sujet des risques dans le contrat de bail, dispose ainsi : « Cette stipulation ne s'entend que des cas fortuits ordinaires, tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure. Elle ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre ou une inondation, auxquels le pays n'est pas sujet, à moins que le preneur n'ait été

1. Locré, 12, p. 490.

chargé de tous les cas fortuits prévus ou imprévus.» — La distinction que l'on a prétendu supprimer entre les différents événements auxquels s'applique la qualification de cas fortuit reparaît donc dans ces dispositions formelles, et ce, par respect pour la volonté des parties contractantes : comment admettre qu'il doive en être ainsi seulement dans le contrat de bail ?

La stipulation relative aux risques doit donc s'entendre, d'une manière générale, des événements dont l'éventualité s'est présentée à l'esprit des contractants au moment où la convention est intervenue, exception faite pour le cas où la stipulation porte sur les cas fortuits prévus et imprévus : la volonté du débiteur étant alors formelle, il se charge de tous les cas fortuits sans distinction. (Art. 1773.)

### § 2.

*Des risques mis à la charge du créancier.*

Par une clause expresse, le débiteur peut augmenter l'étendue de sa responsabilité ; il peut s'imposer une diligence exceptionnelle, prendre à charge les pertes provenant d'un cas fortuit ou d'une force majeure, et dont il ne répond pas dans les termes ordinaires du contrat : la réciproque est-elle vraie, et une convention pourrait-elle faire supporter au créancier, à la partie au profit de laquelle existe l'obligation de donner ou de

faire, les conséquences d'accidents qui, normalement, devraient retomber sur le débiteur ? Les contractants pourraient-ils s'accorder pour diminuer l'étendue de la responsabilité qui pèse sur ce dernier, convenir qu'il ne répondra pas des fautes qu'il pourrait commettre, et les assimiler aux autres cas fortuits ?

Il est d'abord un cas qui ne fait pas de difficulté : le créancier prend-il à sa charge les accidents qui surviennent sans qu'une faute puisse être reprochée au débiteur, et qui cependant devraient être à la charge de celui-ci en vertu des règles ordinaires des contrats ? Sans aucun doute, la clause est valable ; le créancier a voulu s'exposer à un aléa, courir une chance, et, ni en raison, ni en droit, rien ne s'oppose à un accord de cette nature.

Tout autre peut être la portée de la convention intervenue : au lieu d'aggraver sa responsabilité, le débiteur a entendu la restreindre ; loin d'être tenu plus diligemment qu'à l'ordinaire, il veut être obligé à n'apporter qu'un soin moindre dans l'exécution de son contrat ; il entend s'exempter de l'obligation de répondre de ses fautes, les assimiler aux cas fortuits ordinaires, et en rejeter ainsi les conséquences sur l'autre contractant. Nous l'avons indiqué, en effet, dans les contrats le cas fortuit commence exactement là où cesse la

faute ; entre les deux, il n'y a pas de limite fixe, invariable, ce n'est qu'une question de convention ; mais, en pareille matière, la convention peut-elle être expresse ?

Une hypothèse doit être d'abord écartée : il est certain qu'il ne saurait être question, pour aucun des contractants, de s'affranchir par une clause quelconque de la responsabilité résultant de son dol, c'est-à-dire des actes par lui faits volontairement et avec l'intention de nuire. Une convention de cette sorte, permettant à un individu d'être impunément de mauvaise foi, serait, de toute évidence, contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; et, de tout temps, elle a été et doit être frappée de nullité. — Au dol il est d'usage d'assimiler la faute lourde, la faute consistant à « ne pas faire ce que tout homme intelligent comprend » : les mêmes raisons de décider ne se rencontrent cependant pas dans l'un et l'autre cas ; seulement, en fait, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de distinguer la faute lourde du dol, et c'est ce qui peut expliquer, sinon justifier, l'assimilation proposée.

Cette exception mise à part, la convention par laquelle le débiteur s'exonère de toute responsabilité pour les fautes ordinaires est-elle valable?

Historiquement, l'affirmative a été tour à tour admise, puis abandonnée.

*a).* A Rome, la convention en question était

valable ; les parties pouvaient librement aggraver ou atténuer leur responsabilité ; pour le dol seulement il ne pouvait être entendu qu'il aurait lieu impunément. C'est ce qu'exprime très nettement Ulpien : « Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt ; quidam et dolum et culpam... sed hæc ita nisi quid nominatim convenerit vel plus, vel minus, in singulis contractibus, nam hoc servabitur quod initio convenit ; legem enim contractus dedit, excepto eo quod Celsus putat non valere si convenerit ne dolus præstetur[1] ». — Comment méconnaître, d'ailleurs, la justesse d'une pareille solution ? Dans certains contrats, le débiteur répond uniquement de son dol, non de sa faute : ce qui résulte tacitement du contrat, pourquoi une convention expresse ne pourrait-elle pas le réaliser ?

*b).* Dans notre ancien droit, la distinction romaine entre les clauses exemptant le débiteur des conséquences de son dol et celles lui permettant de se soustraire aux suites ordinaires de ses fautes paraît s'être d'abord maintenue[2], puis avoir été suivie d'un brusque revirement et s'être trouvée complètement abandonnée par Pothier et ses contemporains[3].

1. L. 23, *De reg. juris*, D. 50, 17. — Cf. l. 27, § 3, *De pactis*, D. 2, 14. — L. 1, pr. *Commod.*, D. 13, 7. — L. 1, § 7, *Depos.*, D. 16, 3.

2. Denizard, *Collection de décisions relatives à la jurisprudence*, v° *Faute*, p. 441-442.

3. Pothier, *Des Assurances*, n° 65. — Émerigon, *Des Assurances*, ch. 12, sect. 2.

Pour Pothier notamment, « il est évident que je ne puis pas valablement convenir avec quelqu'un qu'il se chargera des fautes que je commettrai », et cette décision tranchante, donnée en termes si généraux à propos du contrat d'assurance, s'applique *a fortiori* aux contrats ordinaires : dans ceux-là non plus, il ne peut être convenu que l'une des parties se chargera des fautes que l'autre pourra commettre.

C'est cette opinion, apparue tardivement à la fin de notre ancien droit, et en opposition avec la tradition historique, qui triomphe encore aujourd'hui, à tort, selon nous, en doctrine et en jurisprudence.

*c)*. Sur quelles raisons se fonde-t-elle, en effet? quels motifs est-il possible de faire valoir pour justifier une semblable dérogation au principe de la liberté des conventions ?

Les clauses par lesquelles le débiteur se soustrait à toute responsabilité sont nulles, a-t-on dit, parce qu'elles sont contraires aux mœurs et à l'ordre public : contraires aux mœurs, car « c'est une convention immorale que celle qui dispense le débiteur de remplir ses obligations »[1] ; contraires à l'ordre public, car le débiteur, n'ayant plus à redouter aucune responsabilité, serait par cela

1. Laurent, *Droit civil*, t. 25, nº 531.

même incité « *ad delinquendum* ». Il n'y aurait plus de sécurité possible dans les transactions, dès qu'il serait impossible de compter sur la diligence du débiteur pour remplir ses obligations. D'ailleurs, est-ce que la disposition de l'art. 1382, obligeant, en dehors d'un contrat, tout individu à réparer le dommage causé par sa faute, n'est pas d'ordre public ? Pourquoi le même caractère n'appartiendrait-il pas aux dispositions qui édictent dans les contrats la responsabilité des contractants ?

De plus, la théorie opposée est obligée de reconnaître la nullité de toute clause libérant le débiteur des conséquences de son dol ou de sa faute lourde : cette concession ne ruine-t-elle pas le système entier ? Car quelle limite sépare la faute lourde de la faute légère ? comment distinguer l'une de l'autre ? Il faut donc, ou bien déclarer valables, sans distinction, toutes les conventions restreignant la responsabilité, ou bien les annuler toutes ; et c'est ce que fait le premier système, qui rallie à lui la majorité des auteurs [1], et se trouve en outre consacré, d'une manière jusqu'ici constante, par la jurisprudence de la Cour de cassation [2].

1. Aubry et Rau, *Droit civil*, t. 4, § 373, n° 10. — Laurent, t. 25, n° 531. — Guillouard, *Du louage*, t. 2, n° 767. — Aucoc, *Droit administratif*, t. 3, n° 1539. — Pardessus, *Droit commercial*, t. 2, n° 542. — Sourdat, *De la responsabilité*, t. 2, n° 225.

2. Cass., 26 janvier 1859 (D. P. 59, 1, 66) ; 26 mars 1860 (D. P. 60, 1, 809) ; 29 mai 1866 (D. P. 67, 1, 388) ; 31 mars 1874 (D. P. 74, 1, 303) ; 9 mars 1886 (D. P. 86, 1, 209 et s.).

Toutefois, si la clause est nulle en principe dans la doctrine qui vient d'être exposée, on lui reconnaît cependant un effet : elle déplace le fardeau de la preuve. En règle générale, c'est au débiteur de prouver sa libération en établissant l'existence d'un cas fortuit ou d'une force majeure ; jusqu'à cette preuve faite, il reste tenu dans les termes de son contrat : intervienne une clause de non-responsabilité, et la situation des parties contractantes se trouve modifiée, ce sera au créancier de prouver la faute de son débiteur ; mais, une fois qu'il l'aura démontrée, il pourra poursuivre ce dernier dans les conditions du droit commun.

Le système qui précède, à notre sens, est inexact : la clause dont il s'agit n'est contraire ni aux mœurs ni à l'ordre public ; la liberté des conventions exige qu'il lui soit donné effet.

« C'est une convention immorale, dit-on, que celle qui dispense le débiteur de remplir ses obligations. » Mais, avant qu'il soit question de « dispenser le débiteur de remplir ses obligations », il faudrait qu'il fût réellement obligé ; or, en contractant, il déclare ne pas entendre être obligé d'apporter les soins et la diligence qui sont d'ordinaire exigés dans le contrat en formation : comment y aurait-il manquement à un engagement qu'il n'a pas pris, dispense de remplir une obligation qu'il n'a pas assumée ?

Il faut donc admettre qu'en elle-même la clause

est immorale, parce que toute faute doit entraîner une sanction? — Ces considérations s'appliquent, sans aucun doute, aux faits intentionnels ayant pour but de nuire, mais à ceux-là seulement: oui, il serait contraire aux règles de la morale de convenir que l'on ne répondra pas des conséquences de son dol; mais pour les simples fautes non intentionnelles, résultat d'une négligence, d'un défaut involontaire d'attention, n'en est-il pas différemment? Par elles-mêmes ne se rapprochent-elles pas des cas fortuits, et que vient faire la question de bonnes mœurs, dans une convention qui exonère le débiteur des conséquences ordinaires de ses fautes légères?

Pour être logique, d'ailleurs, il faudrait soutenir que, dans tous les contrats sans exception, les règles de la responsabilité seront identiques, que le débiteur répondra toujours de ses fautes, mêmes les plus légères; car il est aussi immoral, si immoralité il y a, de prétendre se soustraire, dans certains cas, aux conséquences d'une faute par suite d'une convention tacite, que de vouloir, dans d'autres hypothèses, y échapper en vertu d'un accord formellement exprimé. Or, on sait quel est le système de responsabilité admis par le législateur, et comment le même fait, suivant les contrats, entraînera ou non une condamnation.

On objecte, il est vrai, la difficulté de distinguer le dol et la faute lourde des fautes légères, pour lesquelles seules la clause serait valable; mais

c'est là une objection de fait, non une raison de principe. En toute circonstance, la distinction des différents degrés de faute est délicate à faire ; mais, pour être difficile, elle n'est pas impossible, et bien qu'il faille l'abandonner à l'appréciation arbitraire des tribunaux, il est clair que ceux-ci sauront bien, en fait, reconnaître la faute lourde des fautes légères.

Quant aux considérations d'ordre public mises en avant, quelle en est la valeur exacte ? Le débiteur, dit-on, va pouvoir se désintéresser complètement de l'exécution de son engagement ; il n'y aura plus de sécurité dans les transactions. — Mais, cette situation, le créancier ne l'a-t-il pas volontairement acceptée ? N'est-elle pas le résultat d'une convention librement débattue entre les parties ? Et souvent, cette atténuation de sa responsabilité, le débiteur ne l'aura-t-il pas réellement payée par des concessions faites d'un autre côté ?

Que l'on n'invoque pas l'art. 1382 : écrit pour la responsabilité délictuelle, il est étranger au débat ; il ne peut être question d'en modifier la portée par un accord, puisque le principe qu'il renferme s'applique uniquement en dehors des conventions. Et, pour les règles de responsabilité édictées spécialement en vue de certains contrats, c'est faire une véritable pétition de principe que de soutenir qu'elles ont un caractère d'ordre public lorsque la loi est muette à ce sujet ; c'est commettre

une erreur que de prétendre qu'elles sont de l'essence même de ces contrats. Elles n'ont en effet qu'un but, interpréter la volonté des parties contractantes, volonté plus ou moins incertaine, plus ou moins douteuse lorsqu'elle n'est pas formellement exprimée ; mais. dès l'instant qu'aucune disposition législative ne s'y oppose, le principe de la liberté des conventions demeure intact, et les intéressés peuvent régler comme ils l'entendent l'étendue de la responsabilité qu'ils veulent encourir, et déroger à l'interprétation donnée par la loi à leur volonté tacite.

Il convient de reconnaître toutefois que certaines considérations pratiques militent, dans quelques cas, en faveur du système combattu, et, il faut bien l'avouer, la doctrine qui admet la validité des clauses de non-responsabilité pourrait, dans certains contrats, avoir des conséquences regrettables.

La question s'est présentée notamment dans les contrats de transport. — N'y aurait-il pas, en effet, un véritable danger à dégager de toute responsabilité les entrepreneurs auxquels sont confiées des quantités énormes de marchandises ? N'y a-t-il pas un intérêt d'ordre public à ce qu'ils soient au moins tenus de prendre toutes les précautions possibles lorsqu'il s'agit de voyageurs dont la vie se trouve en jeu ? Cette dernière considération surtout a arrêté quelques auteurs qui, en

admettant en principe la validité des clauses en question, n'ont pas cru devoir aller cependant jusqu'au bout, et l'accepter lorsqu'elle pourrait mettre en danger la vie humaine [1]. — Et l'inconvénient signalé apparaîtra encore plus grand, si l'on considère qu'en fait les entreprises de transport exercent la plupart du temps un véritable monopole, obligeant ceux qui traitent avec elles à subir leurs conditions sans pouvoir les discuter d'une manière efficace.

Mais, si ces dangers sont sérieux, c'est au législateur qu'il appartient d'y porter remède; c'est à lui de prohiber, dans certains contrats, les clauses restrictives de responsabilité, et cette prohibition sera motivée, non pas parce que les clauses en question seraient immorales, mais bien plutôt parce que l'une des parties n'aurait pas, en fait, la liberté nécessaire pour les accepter ou les refuser en connaissance de cause. Mais en l'absence de toute intervention législative, les parties restent maîtresses de régler comme bon leur semble leurs intérêts privés; elles peuvent restreindre leur responsabilité, même dans le contrat de transport des personnes, sauf l'application des articles 319 et 320 du Code pénal, en cas d'homicide ou de blessures dus à la faute de l'entrepreneur.

Le système qui refuse de reconnaître la

1. Sainctelette, *Responsabilité et garantie*, ch. 3, nos 8 et s.

validité des clauses de non-responsabilité aboutit, d'ailleurs à des contradictions qui démontrent combien peu solide est le fondement sur lequel il repose.

Ainsi, les parties ont d'un commun accord limité d'avance la somme qui sera due à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat; elles l'ont fixée à un chiffre de beaucoup inférieur au préjudice réellement causé: une pareille convention est-elle valable? Pour être conséquente avec elle-même, la doctrine que nous avons combattue doit se prononcer pour la négative. N'est-ce pas, en effet, exempter d'une manière déguisée le débiteur de toute responsabilité que de limiter à une somme minime l'indemnité qu'il devra à titre de réparation, faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement, et, par conséquent, une pareille clause ne doit-elle pas être nulle malgré la disposition si formelle de l'article 1152? « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. » — La Cour de cassation s'est cependant prononcée pour la validité de la convention, décision assez peu conciliable avec sa jurisprudence sur les clauses de non-responsabilité [1].

1. Cass. 21 février 1887 (D. P. 87, 1, 468); 22 février 1888 (D. P. 90, 1, 223). — La Cour de cassation belge avait fini par se prononcer

Il y a plus : à ce débiteur qui ne peut convenir avec son cocontractant de ne pas supporter les conséquences de ses fautes, il est possible de s'adresser à un tiers qui payera pour lui l'indemnité due si la responsabilité est encourue. C'est, en effet, ce qui a lieu chaque jour dans le contrat d'assurance, où il est aujourd'hui admis que l'assuré peut se faire garantir contre les conséquences de sa propre imprudence, l'assureur se chargeant de réparer, non seulement le dommage éprouvé par l'assuré personnellement, mais même celui causé aux tiers avec lesquels celui-ci a traité ; c'est ce qui a lieu notamment dans l'assurance si fréquente du risque locatif.

Or, que celui avec lequel je traite s'engage à ne pas me demander réparation du préjudice que je puis lui causer par ma faute, ou qu'un tiers s'oblige à fournir cette réparation en mon lieu et place, quelle différence y a-t-il entre les deux cas ? Au point de vue de la morale, de l'ordre public, la situation est absolument la même ; si l'une des conventions est valable, pourquoi en serait-il autrement de l'autre ? Pourquoi le cocontractant ne pourra-t-il pas profiter de l'avantage qui lui serait accordé en échange d'une clause de non-responsabilité, tandis qu'un tiers, l'assureur, touchera, sans la moindre contestation, la prime exigée pour prendre à son compte les conséquences de

dans le même sens après une longue hésitation, 26 octobre 1877 et 9 janvier 1879 (Pasicrisie 79, 1, 50).

cette même responsabilité. Il y a là une contradiction dont il est inutile de chercher à donner une explication satisfaisante.

Enfin, l'effet, attribué par la jurisprudence et la doctrine aux clauses de non-responsabilité, de déplacer le fardeau de la preuve et d'obliger le créancier à prouver la faute du débiteur est des plus contestables.

Car de deux choses l'une : ou la clause en question est nulle, ou elle est valable ; si elle est nulle, elle l'est pour le tout, et il n'y a aucun effet à lui attribuer ; si elle est valable, elle vaut pour le tout, et il faut lui accorder le sens et la portée que les parties ont entendu lui donner, c'est-à-dire de décharger le débiteur de toute responsabilité pour les fautes qu'il pourrait commettre. Mais interpréter la convention en ce sens qu'elle déplacera seulement le fardeau de la preuve, c'est méconnaître l'intention des contractants, qui ont eu en vue un tout autre objet. Sans doute, dans le système qui admet la validité des clauses de non-responsabilité, le débiteur n'étant plus tenu que de son dol ou de sa faute lourde, et le dol ne se présumant pas, on peut admettre, sans contradiction, qu'il appartiendra au créancier de prouver le dol. Dans le système qui annule les clauses en question, c'est au contraire par une véritable inconséquence qu'on leur attribue l'effet de déplacer le fardeau de la preuve. — Aussi croyons-

nous, pour ces raisons diverses, qu'il faut le rejeter sans hésiter, et admettre la liberté des conventions pour régler l'étendue de la responsabilité dans les contrats [1].

## SECTION II

### De l'estimation de la chose due.

Par une clause expresse, le débiteur peut prendre les risques à sa charge ; mais, à côté du pacte formel ne laissant aucun doute sur l'intention des parties en présence, se rencontre l'hypothèse où les risques se trouvent également déplacés, non plus en vertu d'un accord clairement exprimé, mais par suite d'une interprétation plus ou moins exacte, plus ou moins arbitraire de la volonté des contractants : tel est, pour les obligations de donner, le cas de la remise d'une chose avec estimation.

Un objet est, en vertu d'un contrat, confié à l'un des contractants ; cette remise est accompagnée d'une estimation de l'objet en question : quel est, quant aux risques, l'effet de cette clause ?

Deux cas sont à distinguer :

**A**. En premier lieu, dans la pensée des contractants, l'estimation jointe à la remise de l'objet a pu impliquer transfert de propriété.

1. Lyon-Caen et Renault. *Droit commercial*, t. 3, n° 626. — Sarrut, note dans Dalloz (90, 1, 209). — Danjon, *Droit maritime*, n° 260

Dans ces conditions, rien de plus naturel si désormais les risques de la chose ainsi remise sont à la charge de celui qui l'a reçue ; dorénavant, en effet, il est débiteur, non d'un corps certain, mais d'une chose de genre, d'une somme d'argent, et l'on sait qu'en principe les obligations de cette nature ne s'éteignent pas par la perte de l'objet dû.

C'est ce résultat qui était consacré à Rome, dans le dernier état du droit, lorsqu'une dot était apportée au mari avec estimation. En pareil cas, la propriété lui en était transférée ; il profitait des améliorations et de la plus-value qui pouvaient advenir aux choses à lui remises ; il subissait aussi les conséquences des détériorations qui pouvaient les atteindre, étant simplement tenu, à la dissolution du mariage, de restituer une somme d'argent [1].

Dans le Code civil, l'application du même principe se retrouve dans les dispositions de l'art. 1551, aux termes duquel : « Si la dot ou partie de la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire, et n'est débiteur que du prix donné au mobilier » ; et dans celles de l'art. 1851, au titre de la Société, d'après lequel : « Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation. » Dans l'une et l'autre espèce, l'intention des parties contractantes doit s'interpréter en ce sens qu'elles

1. L. 10 pr. *De jure dotium*, D. 23, 3. — L. 5, 10, *De jure dot.*, C. 5, 12. — L. 1, § 9, *De rei uxoriæ*, C. 5, 23.

ont entendu transférer ou acquérir la propriété des objets remis, rendre l'une d'elles débitrice simplement d'une somme d'argent, et ce sont les règles ordinaires concernant les risques en pareil cas qui trouvent à s'appliquer, règles dont nous aurons d'ailleurs à présenter ultérieurement une justification plus complète.

**B.** Tout autre peut aussi avoir été le but des contractants en joignant à la remise de la chose une estimation de sa valeur.

Loin de vouloir en transférer la propriété, elles ont pu, par exemple, entendre fixer d'avance, et d'un commun accord, le montant de la réparation qui serait due dans le cas où la chose viendrait à périr par la faute du débiteur, arrêter le chiffre des dommages-intérêts qu'il y aurait à verser en pareil cas, de manière à éviter toute contestation sur ce point. Il est même certain qu'en toute occasion il faut au moins interpréter en ce sens l'estimation donnée, estimation se rapportant à la question des risques en tant qu'elle a pour effet de limiter l'indemnité due lorsque la responsabilité du débiteur est engagée, étrangère à cette même question, si elle n'a pas pour résultat d'empêcher le débiteur d'être libéré par le cas fortuit et la force majeure dans les termes ordinaires du contrat.

Faut-il, en effet, admettre que l'estimation n'est pas seulement destinée à fixer le montant des dommages-intérêts dus en cas de faute, mais

qu'elle a encore pour but de mettre tous les risques à la charge du débiteur, et de l'obliger à restituer, soit la chose, si elle existe encore, soit la valeur fixée par la convention, quelles que soient les circonstances qui ont empêché l'exécution de l'engagement? Est-ce là l'interprétation qu'il faut, en principe, donner à la volonté des contractants, volonté exprimée d'une manière tacite et indirecte?

*a).* En droit romain, c'est en ce sens que s'étaient prononcés les auteurs, ou du moins telle paraît bien être l'opinion d'Ulpien exprimée dans la loi 5, § 3, *Commodati* [1].

Après avoir déclaré que dans le prêt à usage, le commodataire est le plus souvent intéressé seul au contrat et tenu, par conséquent, de la faute légère envisagée *in abstracto*, le jurisconsulte ajoute: « *Et si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo qui æstimationem se præstaturum recepit.* » L'expression « *periculum* » est vague, sans doute; elle peut comprendre les accidents dus à une faute comme ceux provenant d'un cas fortuit proprement dit; mais comment nier qu'elle n'ait pas ici ce dernier sens, et qu'Ulpien n'ait pas entendu désigner tous les accidents, quelle que soit leur cause, puisqu'il vient d'établir, dans le paragraphe précédent, que le commodataire est responsable de la *culpa levis in abstracto?*

1. D. 13. 6.

Au delà, il ne peut plus être question que des cas fortuits et de la force majeure.

Il faut le reconnaître toutefois, si cette interprétation a eu ses partisans parmi les romanistes, elle a rencontré aussi des adversaires convaincus [1]. Partant de cette idée qu'une clause par laquelle le débiteur assume la charge des risques ne doit pas être ambiguë ni prêter au moindre doute, nombre d'auteurs ont soutenu qu'à Rome, l'estimation donnée à la chose remise ne pouvait avoir pour effet de déplacer les risques, et ils se sont ingéniés à trouver à la loi 5, § 3, *Commodati*, une signification autre que celle qui vient d'être indiquée.

Pour les uns, l'estimation en question n'aurait pas été jointe à un commodat, à un prêt à usage ; mais elle aurait fait partie d'un contrat particulier, l'*æstimatum*, dans lequel les risques seraient effectivement à la charge du débiteur, de celui qui reçoit la chose estimée [2] : opinion difficile à soutenir, lorsqu'on remarque le lien existant entre le passage cité de la loi et celui qui le précède immédiatement.

Dans un autre système, l'estimation aurait bien eu pour effet de déplacer les risques, mais à une condition : c'est qu'une clause formelle serait intervenue à cet égard, ou, tout au moins, que les

1. Voir les autorités en sens divers citées dans Pothier (*Du prêt à usage*, n° 62.)

2. L. 1, § 1, *De æstimatoria*, D. 19, 3.

parties se seraient suffisamment expliquées et auraient donné à entendre que l'estimation avait pour but de mettre les cas fortuits à la charge de l'emprunteur ; explication dont le seul défaut est de ne trouver aucun appui dans le texte discuté.

Une troisième opinion prétendait que l'estimation n'avait qu'un seul effet, effacer la différence qui, au point de vue de la prestation des fautes, existait entre le cas où le commodataire était seul intéressé au contrat, et celui où commodant et commodataire y auraient eu un égal intérêt. En ajoutant l'estimation à la remise de l'objet prêté, dans l'une et l'autre hypothèse le commodataire aurait été tenu de la *culpa levis in abstracto*, au lieu de répondre seulement de la *culpa levis in concreto* lorsque l'intérêt du commodant se trouvait en jeu : — interprétation qui est tout à fait divinatoire.

Enfin, pour quelques auteurs, l'estimation jointe au commodat n'aurait eu qu'un but, déterminer le chiffre des dommages-intérêts dus en cas de faute du débiteur. Ulpien, en employant le terme « *periculum* » n'aurait eu en vue que les accidents engageant la responsabilité du commodataire, et l'estimation, dans ce contrat où les parties n'ont pas eu l'intention de déplacer la propriété, serait demeurée absolument sans effet par rapport aux risques : explication qu'il est, à notre sens, difficile, sinon impossible de faire concorder avec le texte précité, et qui en dénature,

selon toute apparence, le sens et la portée véritables.

*b)*. Parmi nos anciens auteurs, Pothier tenait pour cette dernière opinion[1]. Pour lui, en l'absence d'une stipulation expresse, la simple estimation de la chose remise ne pouvait avoir pour effet de déplacer les risques ; elle fixait simplement le quantum des dommages-intérêts dus en cas de faute de la part du débiteur. Domat, au contraire, adoptait la solution romaine[2], et c'est celle-ci que le législateur de 1804, cessant de suivre son guide habituel, a cru devoir également consacrer.

Dans la section consacrée aux « engagements de l'emprunteur à usage », l'art. 1883 dispose en effet : « Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire. » Et lors des travaux préparatoires du Code civil, on prétendit justifier cette disposition en invoquant, et l'intention probable des parties contractantes, et l'analogie offerte par d'autres dispositions du Code :

« Si le prêteur a voulu que la chose fût estimée, déclare Boutteville dans son rapport au Tribunat[3], il doit être présumé qu'il a pris cette précaution pour s'assurer de la restitution de la

1. *Du prêt à usage*, n° 62.
2. *Lois civiles*, liv. 1, § 2, t. 5, n° 9.
3. Fenet, 14, p. 459.

chose ou de son prix. Quelques jurisconsultes respectables ont sur ce point professé une doctrine contraire. A coup sûr, ils auraient embrassé l'opinion consacrée par le projet, si, au lieu de s'opiniâtrer à vouloir expliquer le texte obscur et embarrassant d'une loi romaine, ils s'étaient bornés à consulter les lumières de la raison ». Et, devant le corps législatif, le tribun Albisson ajoutait, au sujet de la disposition de l'art. 1883 : « C'est le principe appliqué, dans la loi sur le contrat de mariage, aux effets mobiliers constitués en dot avec estimation [1]. »

Ces assertions renferment une double erreur.

D'abord, il n'y a pas d'analogie à invoquer entre le cas prévu par l'art. 1551 et celui réglé par l'art. 1883. Lorsque la dot consiste en objets mobiliers, quel peut être, en effet, le but de l'estimation donnée à ces objets, sinon d'en transférer la propriété au mari, de conférer à celui-ci les droits les plus étendus, lui permettant d'aliéner, de se débarrasser au moment opportun d'effets susceptibles de se déprécier ou de se détériorer rapidement? N'est-ce pas pour cela, notamment, que l'effet translatif de l'estimation pure et simple est limité à la seule hypothèse d'une dot mobilière? Et, si le mari devient ainsi propriétaire des choses constituées en dot à charge seulement d'en restituer la valeur, une conséquence naturelle de

1. Fenet, 14, p. 468.

ce transfert de propriété et de la transformation de son obligation en une dette de somme d'argent, n'est-elle pas de mettre les risques de la dot mobilière à sa charge ? — Mais, dans le prêt à usage, peut-on trouver chez les contractants cette même intention de transférer la propriété de l'objet prêté, lorsque à sa remise se joint une estimation ? Le prêteur veut faire un prêt, rien de plus, non une vente ; il entend demeurer propriétaire de sa chose, et pouvoir la revendiquer à l'occasion ; de son côté, l'emprunteur n'a nullement l'intention de l'acquérir, il ne fait pas un achat. Il n'y a donc pas analogie entre la situation prévue par l'art. 1551 et celle visée par l'art. 1851 ; et c'est à tort que, de la solution donnée avec raison dans un cas, on on prétend conclure à celle qu'il faut donner dans l'autre hypothèse.

Si les parties contractantes n'ont pas voulu effectuer un transfert de propriété, peut-on du moins admettre avec certitude qu'en estimant la chose remise, elles ont entendu mettre les risques à la charge du débiteur ? Ou bien leur intention ne doit-elle pas plutôt être interprétée en ce sens qu'elles ont voulu fixer la valeur de l'objet dû pour écarter toutes difficultés à ce sujet, dans l'hypothèse où la responsabilité de l'*accipiens* serait engagée ? — C'est ce dernier point de vue qui, en raison, doit être, croyons-nous, adopté.

Dans l'estimation intervenue, rien ne révèle, en effet, la volonté formelle des contractants

de déplacer les risques, de modifier la nature de l'obligation existante, et, d'une obligation de corps certain, de faire une obligation alternative ayant pour objet, soit la chose remise, soit, à son défaut, une somme d'argent. De plus, la clause fût-elle douteuse, et ici elle l'est certainement, le doute devrait encore s'interpréter en faveur du débiteur ; méconnaître ce principe, ce n'est guère s'appuyer sur les seules « lumières de la raison ».

En d'autres circonstances le législateur a d'ailleurs interprété différemment, et d'une manière plus exacte, l'intention qui a fait adjoindre une clause estimative à la remise d'un objet.

Ainsi, d'après l'art. 1805 : « L'estimation donnée au cheptel dans le bail n'en transporte pas la propriété au preneur ; elle n'a d'autre objet que de fixer la perte ou le profit qui pourra se trouver à l'expiration du bail. » La convention n'ayant pas pour effet de transférer la propriété et gardant le silence sur les risques, ceux-ci ne se trouvent donc pas déplacés par ce seul fait que le cheptel a été estimé en le remettant. Cette estimation est considérée, et à juste titre, comme n'ayant qu'un but, faciliter le règlement du compte à intervenir entre le bailleur et le preneur ; en principe, elle n'influe en rien sur la question des risques.

Le principe contraire paraît, en revanche, au premier abord, consacré par l'art. 1822 dans

l'hypothèse spéciale du cheptel dit cheptel de fer : « L'estimation du cheptel donné au fermier ne lui en transfère pas la propriété, mais néanmoins le met à ses risques. » Seulement, lorsque l'on rapproche cette disposition de celle contenue dans l'art. 1825, d'après lequel, dans le cheptel de fer, « la perte, même totale et par cas fortuit, est pour le fermier s'il n'y a convention contraire », il est facile de s'apercevoir qu'en dépit de l'art. 1822, l'estimation donnée au cheptel est complètement étrangère à la question des risques ; elle ne peut avoir, comme dans le cas prévu par l'art. 1805, qu'un seul but : faciliter le règlement du compte à intervenir entre le bailleur et le preneur, ce dernier supportant, dans tous les cas, que la chose ait été estimée ou non, la charge des risques.

Pour conclure, il faut donc admettre que l'estimation, jointe à la remise d'une chose, n'a pour effet de déplacer les risques, indépendamment de tout transfert de propriété, que dans les cas, ou plutôt, dans le cas expressément prévu par la loi. (Art. 1851.) Autrement, elle n'est pas, par elle-même, assez explicite pour manifester d'une manière certaine l'intention des contractants à cet égard ; et il n'y a pas lieu d'étendre une solution qui, en elle-même, est contestable et arbitraire, en opposition même avec la volonté des parties contractantes sainement interprétée.

## SECTION III.

### De la clause pénale.

Une clause qui se rapproche, sous certains rapports, de celle dont les effets viennent d'être examinés, c'est la clause pénale, celle par laquelle le débiteur s'engage, s'il ne remplit pas son obligation, à verser au créancier une somme déterminée. Cette clause, disons-nous, présente certains rapports avec la précédente, car elle équivaut notamment au règlement par avance et à forfait des dommages-intérêts qui pourront être dus en cas d'inexécution de l'obligation. — A-t-elle pour effet de mettre les risques à la charge du débiteur, et celui-ci, empêché par cas fortuit ou force majeure de donner la chose due ou d'accomplir le fait promis, est-il au moins tenu de verser la somme stipulée à titre de peine ?

**A.** Dans le droit romain, deux hypothèses différentes pouvaient s'offrir :

*a).* Tantôt la clause pénale pouvait se présenter sous la forme suivante : « *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes ?* » En pareil cas, le doute ne pouvait guère exister : l'obligation principale portait en réalité sur la somme de cent ; elle seule était due et comprise *in obligatione*. L'es-

clave n'était dû que facultativement ; le débiteur pouvait le livrer pour se libérer, mais il n'y était pas tenu ; et, alors, qu'il périt ou non par cas fortuit, qu'importait ? La somme d'argent était toujours due, conformément aux principes qui régissent les obligations facultatives [1].

*b)*. La clause pénale pouvait se présenter encore et se présentait généralement d'une tout autre manière : « *Pamphilum dari spondes ? Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes* [2] *?* »

En pareil cas, l'esclave stipulé est bien l'objet de l'obligation principale ; le débiteur ne peut se dispenser de le donner qu'en violant le droit de son créancier. Il ne peut plus être question, en effet, d'une obligation facultative ; on ne peut davantage soutenir que l'on se trouve en présence d'une obligation alternative ; car il existe, non pas une seule obligation portant sur deux objets différents, mais deux obligations distinctes ayant l'une et l'autre leur objet. — Dans ces conditions, la peine sera-t-elle encourue uniquement si l'obligatio nprincipale n'est pas exécutée par la faute du débiteur, ou bien sera-t-elle due, même si l'esclave périt par cas fortuit ou force majeure ?

Le premier système paraît bien avoir été celui du droit romain : la *pœna* n'était, en principe,

1. L. 44, § 5, *De obl. et act.*, D. 44, 7.
2. Arg., § 7, *De verb. obl.*, Inst. 3, 15.

que l'évaluation conventionnelle des dommages-intérêts, de la condamnation pécuniaire due en cas d'inexécution du contrat. Elle n'était encourue que dans les conditions mêmes où la condamnation aurait pu être prononcée, et l'adjonction d'une clause pénale ne produisait pas les effets attribués à la remise d'une chose avec estimation. Les arguments positifs, dans le sens que nous indiquons, ne manquent pas d'ailleurs ; ils résultent, et des textes qui indiquent le but de la clause pénale, déterminer l'intérêt que possède le créancier à l'exécution du contrat [1], et des dispositions qui font encourir la *pœna* uniquement lorsqu'il a tenu au débiteur de remplir ou de ne pas remplir son obligation [2].

En sens inverse, il est vrai, diverses raisons sont produites.

Dans l'intention des parties, peut-on dire, la clause pénale avait pour but d'assurer au créancier, quoi qu'il arrive, soit l'exécution de l'obligation contractée, soit la prestation de la somme promise. A côté de l'obligation principale, consistant à donner un esclave déterminé, se trouve en effet une autre obligation portant sur une somme d'argent, obligation conditionnelle, subordonnée à cette condition : « *Si Pamphilum non*

1. § 7, *De verb. obl.*, Inst. 3, 15.

2. L. 23, *De obl. et act.*, D. 44, 7. — L. 115, *De v. obl.*, D. 45, 1. — Analog. : l. 44, *De verb. obl.*, D. 45, 1. — L. 2, § 3, l. 4, § 1, *Si quis caut. in judic.*, D. 2, 11. — L. 23, § 3, *De receptis*, D. 4, 8.

*dederis* ». Or, à cette condition aucune restriction n'a été apportée; qu'elle se réalise ou non par la faute du débiteur, la non-remise de l'esclave stipulé suffit pour la faire s'accomplir; la somme est, par conséquent due, ce qui équivaut dans une certaine mesure à mettre les risques à la charge du débiteur, qu'il s'agisse d'une obligation de donner ou de faire.

A l'appui de ce raisonnement divers textes peuvent d'ailleurs être invoqués.

Ainsi, d'après la loi 77 *de verb. oblig.*[1], si le débiteur d'une dette à terme vient à décéder avant l'échéance du terme, la *pœna* est encourue néanmoins faute d'exécution au jour prescrit et bien que l'adition d'hérédité n'ait pas encore eu lieu : quel reproche cependant adresser à l'héritier ?

La loi 22 pr. *ad leg. Aquil.*[2] fournit un argument encore plus sérieux. Un esclave a été promis sous une clause pénale; il vient à être tué par un tiers : celui-ci, par l'action *legis Aquiliæ*, sera tenu de rembourser au propriétaire de l'esclave, non la valeur de ce dernier, mais le « *id quod interest* », c'est-à-dire la somme promise et versée à titre de peine. Or, si le cas fortuit, dans la circonstance, entraînait réellement libération du débiteur sans faire encourir la *pœna*, le fait du tiers constituerait assurément un cas fortuit; il n'y

1. D. 45, 1. — L. 9 *De nautico fœnore*, D 22, 2.
2. D. 9, 2.

aurait donc pas lieu de fournir l'argent promis à titre de peine, et, par l'action aquilienne, il n'y aurait à réclamer que la valeur de l'esclave ; s'il en est autrement, c'est que la *pœna* est due dans tous les cas, quelle que soit la cause de l'inexécution du contrat.

A ces raisons la réponse n'est pas impossible.

D'abord, il ne faut pas se méprendre sur le caractère de la clause en question, lorsqu'elle se présente sous la forme accessoire ci-dessus indiquée. D'après les termes formels des Institutes, elle a pour but de fixer par avance l'intérêt que possède le créancier à l'exécution du contrat : comment serait-elle alors encourue à défaut d'une convention expresse à cet égard, dans des conditions autres que la condamnation pour manquement à l'obligation principale elle-même ? On objecte son caractère conditionnel ; dès l'instant que la condition se réalise, quelle qu'en soit la raison, la stipulation pénale elle-même est encourue ; mais c'est oublier le caractère accessoire de celle-ci ; en principe, elle doit suivre le sort de l'obligation principale.

Quant aux textes invoqués en sens contraire, un examen rapide permet de les écarter : dans l'hypothèse prévue par la loi 77 *de v. obl.*, il est possible de soutenir que le débiteur avait commis une faute en ne prenant pas ses précautions pour faire acquitter sa dette, même en cas de décès ; de plus, on comprend que le législateur n'ait pas

voulu que le créancier subît les conséquences du retard de l'héritier à faire adition.

La loi 22 *ad leg. Aquil.* fournit-elle un appui plus solide au système en question ? Mais pour cela il faudrait d'abord savoir quelle est au juste l'hypothèse prévue au texte : en quels termes était conçue la stipulation ? le débiteur s'était-il chargé expressément des cas fortuits, ou bien avait-il commis une faute ? Était-il responsable d'un défaut de surveillance quelconque lui faisant encourir la *pœna* ? Autant de points qui restent dans l'obscurité.

Fussent-ils élucidés et les objections que l'on en tire écartées, resterait encore une explication à donner du texte de Paul.

Dans le cas prévu par cet auteur, l'action *legis Aquiliæ* appartient, en effet, au débiteur demeuré propriétaire de l'esclave stipulé ; et, comme l'on se trouve dans un contrat de droit strict, le promettant n'est pas même tenu de céder cette action à son créancier ; il pourrait à la rigueur en garder le bénéfice, le stipulant n'ayant, pour obtenir réparation du préjudice à lui causé, que l'action de dol, subordonnée à des conditions d'exercice assez délicates. Dans ces conditions, n'est-il pas plus simple de considérer la *pœna* comme encourue, la *pœna* dont le montant indique l'intérêt qu'avait le créancier à obtenir l'exécution réelle du contrat, sauf au débiteur à en recouvrer le montant contre l'auteur du dommage, qui se trouvera ainsi, en définitive, réparer le pré-

judice par lui causé.— En tout cas, de la solution spéciale donnée au texte, il n'y a pas à tirer ce principe général d'après lequel la stipulation d'une peine mettrait les risques à la charge du débiteur.

Dans notre ancien droit et dans notre droit actuel, les mêmes contestations ne sauraient s'élever; la clause pénale n'a certainement pas pour effet de déplacer les risques.

D'après Pothier, en effet, « l'obligation pénale est compensatoire des dommages-intérêts que souffre le créancier de l'inexécution de l'obligation principale »[1]; et, les dommages-intérêts n'étant dus qu'en cas de faute de la part du débiteur, la peine est encourue dans les mêmes conditions.

Le Code civil consacre le même principe, dans les mêmes termes : « La cause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale » (art. 1229); et cette disposition, rapprochée de celle de l'art. 1147, d'après laquelle le débiteur est condamné, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts, lorsque l'inexécution de son obligation ne provient pas d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, prouve que le législateur a adopté le point de vue traditionnel, et interprété la clause pénale en ce sens qu'elle constitue une

1. *Des obligations*, n° 342.

évaluation à forfait de la réparation due en cas de faute de l'un des contractants : elle est donc, à proprement parler, étrangère à la question des risques.

## CHAPITRE II

### DE LA FAUTE ET DE LA DEMEURE AYANT PRÉCÉDÉ LE CAS FORTUIT.

En dehors des conventions, soit tacites, soit expresses, ayant pour but de mettre les risques à la charge de l'un ou de l'autre des contractants, et dans un tout autre ordre d'idées, il convient de signaler encore, parmi les causes générales qui peuvent exercer une influence sur la répartition des risques, l'intervention de la faute ou de la demeure, lorsque celles-ci précèdent le cas fortuit et la force majeure.

#### § 1er.

*De la faute ayant précédé le cas fortuit.*

Déjà, à propos des difficultés relatives à la preuve, nous avons eu l'occasion de signaler l'importance de cette question : le cas fortuit ou la force majeure ont-ils été ou non précédés d'une faute ?

C'est bien un cas fortuit, un événement qui ne pouvait ni ne devait être prévu, qui a causé la perte de la chose due ou empêché d'exécuter le fait promis ; seulement, en fait, si cet événement a eu

des suites dommageables, c'est parce qu'il avait été précédé d'une faute du débiteur, parce que celui-ci s'était exposé à en subir les conséquences. La cause véritable, quoique lointaine, du préjudice éprouvé, c'est cette faute qui a été commise : est-il besoin de dire qu'elle entraînera la responsabilité de celui auquel elle est imputable ? Celui-ci se prévaudra en vain du cas fortuit ou de la force majeure survenue ; ils seront à sa charge, sauf la question de preuve précédemment examinée et sur laquelle il n'y a pas à revenir : le dommage est, en définitive, imputable au débiteur; il en doit réparation.

§ 2.

*De la demeure antérieure au cas fortuit.*

L'application du même principe se retrouve lorsqu'on examine le rôle de la demeure par rapport à l'attribution des risques.

Bien entendu, il ne s'agit pas ici de faire une étude complète de la demeure, de rechercher avec détail dans quels cas et comment elle est encourue : un semblable examen, s'il n'est pas totalement étranger à notre sujet, aurait du moins l'inconvénient de nous entraîner beaucoup trop loin. Seulement, parmi les effets divers produits par la demeure, il en est un sur lequel il importe de s'expliquer; c'est celui qui consiste à mettre les risques à la charge du contractant en demeure : il

faut l'examiner au regard du débiteur et au regard du créancier.

**A**. En ce qui concerne le débiteur, c'est une règle traditionnelle que la demeure a pour conséquence de mettre les risques à sa charge. Tenu d'une obligation de donner, il devra des dommages-intérêts, même si la chose vient à périr par cas fortuit ; obligé d'exécuter un acte, il lui faudra indemniser le créancier du préjudice causé par l'inexécution du contrat, fût-elle due à une force majeure.

C'est cette règle que consacrent les textes romains, lorsqu'ils déclarent l'obligation du débiteur *in mora* perpétuée nonobstant la perte de l'objet dû par lui, perpétuité qui s'entend avec une telle rigueur, que le créancier, dans l'*intentio*, est tenu de réclamer l'objet stipulé, bien que désormais la dette ne puisse plus être acquittée qu'en argent[1].

Le Code civil, suivant en cela notre ancien droit[2], adopte le même système, lorsque, dans l'article 1302, il déclare le débiteur libéré par la perte de la chose due survenue par cas fortuit, à moins qu'il ne soit en demeure : c'est bien mettre les cas fortuits à la charge du débiteur lorsqu'il est en demeure.

1. L. 82, l. 43, l. 10, *De verb. obl.*, D. 45, 1.
2. Pothier, *Des obligations*, n° 143.

*a)*. Quant au principe sur lequel repose cet effet de la demeure, nous l'avons indiqué il y a un instant : lorsque le cas fortuit a été précédé d'une faute, avons-nous dit, le débiteur est tenu néanmoins de réparer le préjudice causé, préjudice qui, en définitive, lui est imputable. Or, la demeure, c'est le retard dans l'exécution du contrat, retard légalement constaté et, de plus, imputable au débiteur.

Pour qu'il y ait demeure, il ne suffit pas, en effet, que le contrat n'ait pas été exécuté au jour dit ; ce n'est pas assez que ce retard ait été constaté dans les formes voulues ; il faut encore qu'il puisse être reproché au débiteur et implique une faute de celui-ci. S'il est lui-même la conséquence d'un cas fortuit ou d'une force majeure, il y aura retard et non demeure au sens propre du mot. C'est là une règle qui est la conséquence même des principes en matière de responsabilité, et qui ressort clairement, dans notre droit, des dispositions des art. 1146, 1147 et suivants relatifs aux conditions dans lesquelles une condamnation aux dommages-intérêts est encourue [1].

Il est alors aisé de comprendre à quel titre les risques sont à la charge du débiteur en demeure : c'est uniquement parce que, par sa faute, il a

1. En droit romain, le principe se trouve plus ou moins clairement exprimé dans les l. 21, l. 23 pr. *De usuris*, D. 22, 1 ; L. 49, § 3. *De verb. obl.*, D. 45, 1.— V. Doneau, *De jure civili.*, Ad l. 16, ch. 2, § 1 et 2. Pour notre ancien droit, Bourjon, *Droit commun*, 2, p. 445.

causé au créancier un préjudice dont il doit réparation. S'il avait rempli son engagement au moment convenu, s'il avait livré la chose due au moment fixé par le contrat, le créancier en eût profité, et l'accident ne se serait sans doute pas produit : la chose n'eût pas péri chez le créancier, ou bien celui-ci s'en serait peut-être débarrassé à temps, en convertissant un objet susceptible de détériorations en une somme d'argent à l'abri des chances de perte auxquelles est exposé tout autre objet. Déclarer le débiteur libéré, ce serait lui permettre de causer impunément et par sa faute un dommage à l'autre contractant.

*b).* Toutefois, le principe même sur lequel repose, quant aux risques, l'effet de la demeure conduit à y apporter certaines limitations, qui trouvent leur application principale, pour ne pas dire exclusive, dans les obligations de donner.

Si le créancier ne doit pas éprouver de préjudice par le fait du débiteur, il ne faut pas non plus qu'il retire de la faute de celui-ci un bénéfice injustifié.

Et, par exemple, si on suppose un événement, un cas fortuit tel qu'il eût fait également périr la chose due entre les mains du créancier si elle lui eût été livrée, si celui-ci n'eût profité en rien de l'objet remis dans le cas où l'obligation aurait été exécutée en temps, serait-il juste de condamner le débiteur à réparer néan-

moins la perte survenue dans ces conditions, postérieurement à sa mise en demeure ? Rigoureusement on pourrait l'exiger sans doute : une faute a été commise, un dommage en résulte ; il y a donc lieu à réparation. Mais, en équité, ce serait réellement enrichir le créancier que de l'indemniser pour un accident qu'il n'eût pu lui-même éviter ; à la rigueur on peut même dire qu'il n'éprouve en réalité aucun préjudice de la demeure. — De là, ce tempérament apporté à la règle qui met les cas fortuits à la charge du débiteur en demeure, et d'après lequel le débiteur serait néanmoins libéré si la chose eût également péri entre les mains du créancier.

Ce tempérament était déjà admis d'une manière plus ou moins large en droit romain, comme cela ressort de diverses décisions des jurisconsultes romains [1].

Il avait également passé dans notre ancien droit, où Pothier le justifiait dans les termes suivants : « La demeure du débiteur ne perpétue la dette, nonobstant la perte de la chose due, que par forme de dommages et intérêts ; si le débiteur n'a pas souffert de la demeure de son débiteur, il ne lui en est pas dû. Or, il est évident qu'il n'en souffre pas, si la chose eût également péri chez lui [2]. »

1. L, 14, § 1, *Depositi*, D. 16, 3. — L. 12, § 4, *Ad exhibend.* D. 10, 4. — L. 47, § 6, *De legat.*, 1°, D. 30, 1, — L. 15, § 3, *De rei vind.*, D. 6, 1.

2. *Des obligations*, n° 664.

Et, en partant des mêmes idées, le Code civil consacre la même doctrine, lorsqu'il déclare dans l'art. 1302 : « Lors même que le débiteur est en demeure... l'obligation est éteinte, dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. »

Mais, il faut le remarquer, c'est là avant tout une disposition exceptionnelle, et qu'il y a lieu, par conséquent, d'interpréter restrictivement. Sans doute, pour que le débiteur en demeure puisse être libéré néanmoins par le cas fortuit, il ne sera pas nécessaire que la chose ait dû périr entre les mains du créancier par l'événement même qui l'a effectivement détruite entre celles du débiteur ; le texte n'est pas rigoureux à ce point, et les raisons sur lesquels il est fondé permettent d'adopter cette solution. Mais, en tout cas, le débiteur ne saurait se prévaloir de la manière d'agir propre au créancier, et prétendre démontrer que celui-ci eût perdu par sa faute l'objet en question, s'il lui avait été remis, qu'il n'eût pas su en tirer parti. Il s'agit pour le débiteur de se libérer, et non d'incriminer la conduite de son créancier lorsque celui-ci agit dans la plénitude de son droit.

*c).* Une question de preuve assez délicate sur laquelle le législateur ne s'est pas prononcé d'une manière expresse, c'est celle de savoir à qui il appartiendra de démontrer que la chose eût ou

n'eût pas péri chez le créancier, et quelle preuve il y aura à faire à cet égard.

En principe, ce sera bien certainement au débiteur, tenu de prouver sa libération, d'établir que l'accident se fût également produit si son obligation avait été exécutée. Il devra démontrer que le cas fortuit dont il a été victime s'est produit dans des conditions telles, qu'il eût atteint l'objet entre les mains du créancier, s'il lui eût été livré. Mais devra-t-il prouver, en outre, que le créancier eût conservé la chose si elle lui avait été remise, et qu'il l'eût encore eue en sa possession au moment où l'événement s'est produit? Ou bien appartiendra-t-il au créancier de prouver qu'il se fût débarrassé de l'objet et, par suite, n'eût pas souffert de l'accident survenu ?

En droit romain, c'était, en principe, au débiteur de démontrer que le créancier eût conservé l'objet jusqu'au moment où l'événement préjudiciable s'est produit. C'est du moins ce que l'on peut inférer de diverses décisions données par les auteurs, et de celle-ci notamment, due à Ulpien, en matière de legs : le fonds légué a péri par cas fortuit; le débiteur était en demeure de le livrer : il devra cependant le prix, bien que l'accident fût survenu également en cas de livraison. Et la raison, c'est que le légataire aurait pu le vendre : mais il n'est pas nécessaire qu'il établisse qu'il eût réellement effectué cette vente [1].

1. L. 47, § 6. *De legatis*, 1°, D. 30, 1. — L. 15, § 3, *De rei vind.*, D. 6, 1.

Dans notre ancien droit, Pothier, sans soulever directement cette question de preuve, penchait plutôt pour le système opposé. « On présumera facilement, dit-il, que la chose ne serait pas également périe chez le créancier, si le créancier était un marchand qui l'achetait pour la revendre [1] », laissant ainsi entendre que, le débiteur ayant établi que le cas fortuit était tel qu'il eût atteint l'objet entre les mains du créancier, c'était à ce dernier de démontrer qu'il en eût été autrement, parce qu'il n'aurait pas conservé la chose livrée.

Sous l'empire du Code civil, ce sera au débiteur de prouver que le créancier eût conservé la chose : c'est à lui en effet d'établir sa libération, de démontrer qu'il ne doit rien malgré la demeure encourue ; et, cette preuve, il doit la faire en prouvant « que la chose eût également péri chez le créancier si elle lui eût été livrée ». Or, la conservation de la chose par le créancier est un des éléments de cette preuve ; c'est uniquement en effet si le créancier avait conservé l'objet livré qu'il eût subi les conséquences du cas fortuit ou de la force majeure : le débiteur devra donc en faire la preuve, preuve qui, d'ailleurs, sera laissée à la libre appréciation des tribunaux.

*d)*. Cet effet de la demeure consistant à mettre les risques à sa charge, le débiteur, est-il besoin

1. *Des obligations*, n° 664.

de le dire ? peut le faire cesser par des offres régulièrement faites et revenir ainsi au droit commun en matière de contrats, c'est-à-dire être libéré par les cas fortuits et la force majeure qui peuvent survenir. Il y a plus : il peut à son tour mettre le créancier en demeure, et faire constater le retard apporté par celui-ci à permettre au débiteur de s'exécuter.

**B.** Vis-à-vis du créancier, les effets de la demeure, au point de vue des risques, se présentent plus rarement, et sont moins importants que dans l'hypothèse précédente.

*a).* S'agit-il, en effet, d'une obligation de donner ? Si elle porte sur un corps certain, la mise en demeure du créancier d'avoir à le recevoir aura toujours pour conséquence de purger la *mora* du débiteur. Mais, ce cas excepté, rarement elle aura pour effet de déplacer des risques qui, en règle générale, sont à la charge du créancier. Tout au plus pourra-t-elle, dans une certaine mesure, atténuer la responsabilité du débiteur, diminuer la somme de diligence à laquelle celui-ci est tenu, et encore n'y-a-t-il à cet égard aucune disposition formelle dans le Code, qui n'a pas organisé une théorie générale de la demeure du créancier [1].

1. En droit romain, la *mora* du créancier avait pour effet d'atténuer, dans certains cas, la responsabilité du débiteur, qui n'était plus tenu que de la faute lourde. L. 5, 1. 17, *De peric. et commod. rei venditæ*, D, 18, 6. — L. 9, *Soluto matrimonio*. D, 24, 3.

Dans les obligations de donner portant sur des choses de genre, la simple mise en demeure du créancier d'avoir à accepter les objets offerts par le débiteur pour l'acquittement de sa dette, ne suffirait pas pour libérer ce dernier, dans le cas où les choses ainsi désignées par lui viendraient à périr par cas fortuit ou force majeure. Tant qu'elles n'ont pas été acceptées, la dette demeure une dette de choses de genre, tous les risques restent à la charge du débiteur ; pour qu'il puisse en être déchargé, à la demeure du créancier il faut joindre une autre condition : la consignation, le dépôt fait régulièrement, dans le lieu déterminé par la loi ou par le magistrat, des objets destinés à acquitter la dette. Par cette consignation seule, pourvu qu'elle soit régulière, se trouve réellement spécifié, individualisé l'objet de la dette ; celle-ci porte désormais sur un corps certain nettement déterminé, et le débiteur qui cesse d'en avoir même la garde cesse d'être responsable de sa livraison : il est aux risques du créancier[1]. (Art. 1257.)

Il est peut-être permis de critiquer cette nécessité absolue de la consignation pour spécifier l'objet des obligations portant sur des choses de genre, exception faite toutefois pour le cas d'une dette d'argent : si elle a l'avantage de décharger le débiteur de toute responsabilité, elle présente l'inconvénient de n'y parvenir qu'au prix de forma-

1. Pour le droit romain, v. l. 9, § 1, *De solut.*, C. 8, 43. — Pour notre ancien droit, POTHIER, *Des obligations*, n° 572.

lités longues ou coûteuses. En tout cas, le Code civil, en adoptant ce système, a simplement consacré un principe traditionnel, sur l'application duquel nous ne pouvons d'ailleurs nous étendre davantage.

Aux obligations de donner, il convient d'assimiler l'hypothèse prévue par les art. 1788 et 1790 du C. civ.

Un entrepreneur, un ouvrier s'est engagé à exécuter, soit avec ses propres matériaux, soit avec ceux d'autrui, un certain travail dont les risques demeurent à sa charge jusqu'à vérification : d'après les textes précités, la mise en demeure du créancier d'avoir à vérifier l'ouvrage aura, en principe, pour effet de déplacer les risques et de les mettre à sa charge. Dans l'espèce en question, il s'agit, il est vrai, d'un louage d'ouvrage, mais d'un louage d'ouvrage se traduisant par la confection d'une chose matérielle ; on peut donc et on doit même l'assimiler à une obligation portant sur une chose future indéterminée, avec cette différence que la vérification du travail équivaut à la détermination et à l'acceptation de l'objet. Dans ces conditions, on comprend le rôle attribué à la mise en demeure du créancier ; celui-ci ne peut différer indéfiniment une acceptation qui doit le soumettre aux règles ordinaires en matière de risques dans les contrats ; et, dans la circonstance, la demeure n'a qu'un but, régler la situation du créancier conformément au droit commun.

*b).* Enfin, dans les obligations de faire, la mise en demeure du créancier se conçoit difficilement et se présente rarement, réserve faite pour l'hypothèse, ci-dessus indiquée, d'une obligation consistant à exécuter un ouvrage déterminé. Il faut supposer, en effet, le cas exceptionnel où le débiteur a besoin, pour exécuter son engagement, du concours personnel de son créancier : celui-ci se trouve alors débiteur de son côté, et il n'est pas douteux qu'en mettant son cocontractant dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation, il s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts.

*c).* Quant à l'idée sur laquelle reposent, vis-à-vis du créancier, les effets de la demeure, il est permis de se demander si elle ne diffère pas sensiblement de celle qui peut être invoquée lorsqu'il s'agit du débiteur.

Il faut opter, en effet, entre les deux points de vue suivants :

Ou bien on peut voir, dans les risques placés et mis à la charge du créancier, la conséquence de cette idée que ce dernier est en faute, qu'il manque à une obligation de sa part en n'acceptant point les offres qui lui sont régulièrement faites ; cette faute ne devant pas préjudicier au débiteur, il est juste que les risques ne restent pas plus longtemps à la charge de celui-ci. — Seulement, on aperçoit le résultat auquel doit conduire logiquement ce point

de départ: si les risques sont à la charge du créancier parce que celui-ci a manqué à son engagement par sa faute, il faut admettre qu'il pourra, en principe, se soustraire aux conséquences de la demeure en prouvant que le retard ne lui est pas imputable.

Ou bien, au contraire, on peut admettre que, si les risques incombent au créancier en demeure, c'est uniquement en vertu du droit qui appartient au débiteur de se libérer. L'obligation qui pèse sur celui-ci est destinée à prendre fin; c'est un droit pour lui et un droit absolu de s'y soustraire dès qu'il le peut. Qu'importe alors que le créancier puisse ou non recevoir l'exécution, qu'il soit ou non en faute de ne pas accepter les offres qui lui sont faites? c'est là une question absolument étrangère au débiteur, dont l'obligation ne saurait être aggravée par suite des cas fortuits qui atteignent le créancier.

A notre sens, et bien que la législation positive ne se soit pas prononcée expressément à cet égard, c'est ce dernier point de vue qui, en principe, est exact.

Dans les obligations de faire, où la mise en demeure du créancier est exceptionnelle, et suppose la nécessité du concours personnel de celui-ci pour permettre au débiteur de se libérer, il faut admettre, sans doute, que le créancier pourra être mis en demeure seulement si le retard lui est imputable: en fait, il est débiteur de son côté, et ce

sont les principes applicables au débiteur auxquels il y a lieu de recourir.

Mais, dans les obligations de donner et dans celles de faire qu'il faut y assimiler, c'est la règle inverse qui domine. Le débiteur d'un corps certain peut certainement purger sa demeure en mettant à son tour le créancier en demeure, que celui soit ou non en mesure, par suite d'un cas fortuit,d'accepter l'offre qui lui est faite. Le débiteur de choses de genre peut, sans aucun doute, consigner ce qu'il destine à l'acquittement de son obligation ; et, si la consignation est régulière, le créancier ne saurait se prévaloir d'une force majeure l'ayant mis dans l'impossibilité de recevoir les offres faites, pour prétendre n'avoir pas à supporter les risques des objets ainsi consignés. Le débiteur avait le droit de se libérer, et il n'a fait qu'en user régulièrement en procédant à ladite consignation sans se préoccuper de la situation personnelle du créancier.

## CHAPITRE III

### DES RISQUES DANS LES CONTRATS UNILATÉRAUX.

Les indications générales qui précèdent sur l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure et la répartition des risques entre les contractants étant données, il importe d'en faire maintenant une application plus précise aux diverses espèces de contrats.

Sur ce point, les contrats unilatéraux ne sauraient nous retenir longtemps : pour eux, en effet, nous l'avons déjà indiqué, la question des risques se confond d'ordinaire avec celle de l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure.

Une seule des parties en présence étant obligée sans avoir rien à attendre, en retour, du contrat, si elle ne peut plus être tenue d'exécuter son obligation, si celle-ci est éteinte, forcément c'est sur le créancier n'ayant plus le droit de rien réclamer que retombera la perte; c'est lui qui supportera les risques, de même qu'en sens inverse ils seront à la charge du débiteur lorsque celui-ci ne pourra se trouver libéré par le cas fortuit ou la force majeure survenue. Aussi, en définitive, et sauf exception due à la convention expresse ou aux règles concernant la demeure, ce sont les prin-

cipes relatifs à la perte de la chose due, ou à l'impossibilité d'exécuter le fait promis par cas fortuit, qui trouvent leur application dans ces contrats.

A. Il est facile d'en avoir la preuve tout d'abord pour le prêt de consommation : l'emprunteur reçoit une somme d'argent, des choses fongibles qu'il est tenu de rendre seulement en quantité égale et de qualité pareille ; les risques des objets ainsi reçus sont certainement à sa charge. Devenu débiteur de choses de genre et non d'un corps certain, il ne saurait être libéré par la perte des choses qui lui ont été remises, eussent-elles péri avant qu'il ait pu en faire le moindre usage. Aussi cette solution, dont il n'est pas besoin de présenter plus ample justification, n'a jamais soulevé le moindre doute dans le passé ; et elle est consacrée en termes formels par le Code civ. art. 1893 : « ... L'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée, et c'est pour lui qu'elle périt, de quelque manière que cette perte arrive. »

C'est la solution inverse qui va triompher, au contraire, en principe, dans un certain nombre de contrats où, en thèse générale, c'est une chose déterminée, une *species,* qui fait l'objet de l'engagement et doit être rendue au créancier : tels notamment le *commodat,* le dépôt et le gage.

B. Débiteur de la chose prêtée, dont la propriété

ne lui a pas été transférée, tenu de la restituer à l'expiration du délai pour lequel elle lui a été confiée, l'emprunteur à usage, le commodataire doit se trouver régulièrement libéré par la perte de la chose à lui remise survenant sans qu'on puisse lui imputer une faute, un manquement à la vigilance qui lui est expressément ou tacitement imposée par le contrat ; les risques sont donc à la charge du créancier.

Le droit germanique consacrait, il est vrai, le système contraire : le contrat étant fait dans l'intérêt du commodataire, c'était sur ce dernier que retombaient les risques de la chose prêtée, et il était tenu, ou de dédommager le prêteur, ou de lui fournir un objet de la même espèce [1].

Notre ancien droit, suivant en cela le droit romain [2], adopta le point de vue beaucoup plus juridique d'après lequel le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de la chose due survenant sans sa faute ; et c'est cette règle qui a passé dans le Code civil, en ce qui concerne l'emprunteur à usage. (Art. 1884.)

C. La même solution se retrouve dans le contrat de dépôt : tenu de restituer l'objet même qui lui a été confié, le dépositaire sera quitte de son obligation en le rendant dans l'état où il se trouve sans

1. Hepp, *die Zureichnung auf dem Gebiete des Civil-Rechts*, p. 126 et s.

2. L. 1, § 1, *De obligat. et act.*, D. 44, 7.

sa faute ; il périra donc pour le déposant. Sur ce point, la solution n'a jamais varié : telle elle était à Rome [1] et dans notre ancien droit [2], telle elle se retrouve dans le Code civil. (Art. 1929.)

Il convient toutefois de mettre à part le cas d'un dépôt irrégulier.

Une somme d'argent est déposée, et le dépositaire est autorisé à en user, s'il le juge à propos, à la condition de rendre, à première réquisition, non les écus mêmes qui lui ont été remis, mais une somme équivalente. En pareille circonstance, la situation du dépositaire se rapproche singulièrement de celle d'un emprunteur, si elle ne s'y confond même pas tout à fait : il devient débiteur comme lui de choses de genre, et, partant, les risques sont à sa charge. — Cependant, s'il démontrait qu'en fait il n'a pas usé du dépôt, et l'a conservé tel qu'il lui avait été confié, il semble bien difficile de ne pas lui appliquer les règles ordinaires en cas de dépôt régulier, et de ne pas le déclarer libéré par le cas fortuit qui aurait fait périr l'objet déposé ; il faudrait que la volonté des parties contractantes apparût manifestement contraire pour qu'il ne fût pas traité comme le dépositaire ayant reçu un corps certain, tant qu'il n'a pas usé de l'autorisation à lui accordée [3].

1. L. 1, § 5, *De verb, oblig.*, D. 45, 1.

2. Pothier, *Du dépôt.* n° 42.

3. V. Accarias, *Droit romain*, 2, p. 436. — Pothier, tout en traitant du dépôt irrégulier, garde le silence sur cette hypothèse particulière. (*Du dépôt*, n° 82.) — Le Code civil n'a pas cru devoir se préoccuper du dépôt irrégulier.

D. Dans le contrat de gage, et par application des mêmes principes, c'est également aux risques de celui qui l'a fourni que se trouve, en principe, l'objet remis en nantissement.

Pour sûreté de sa créance, l'un des contractants a reçu une chose déterminée ; si elle périt sans sa faute, il doit se trouver dégagé de l'obligation de restituer qui pèse sur lui. Quant à la créance qui existait à son profit, la disparition de ce qui en garantissait éventuellement le recouvrement n'a aucune influence sur elle. Il y a là, en effet, deux actes juridiques distincts : l'un qui a donné naissance à cette créance, l'autre par lequel le gage a été constitué. Ces deux actes sont de nature bien différente, et, en ce qui concerne la charge des cas fortuits, chacun doit suivre les principes qui lui sont propres, sans que l'un puisse influer sur l'autre.

Le droit germanique apportait, il est vrai, sur ce point, un système différent de celui du droit romain [1], et adoptait une solution inverse de celle qui a été consacrée par la suite, et règne encore dans le droit actuel. (Art. 2080 C. civ.)

D'après lui, en effet, le gage se trouvant constitué surtout au profit et dans l'intérêt du créancier, ce dernier en supportait les risques : le gage venait-il à périr, le débiteur qui l'avait fourni ne pouvait plus le réclamer ; mais, de son côté, le créancier

1. L. 21, § 2, *De pign. et hyp.*, D. 20, 1.

perdait sa créance. Il y a plus : si le gage avait été constitué dans l'intérêt exclusif du créancier, pour garantie d'un prêt usuraire par exemple, le créancier était tenu de rembourser l'excédent de la valeur du gage sur le montant de sa créance [1] ; théorie assez singulière au premier abord, qui s'explique par le peu de développement de l'idée de l'imputabilité dans ce droit primitif, où le fait matériel seul de la non-restitution de l'objet confié était surtout pris en considération, et suffisait pour entraîner condamnation.

Remarquons que, dans le droit actuel, le débiteur dont le gage a péri par cas fortuit n'est pas tenu d'en fournir un autre ; il a satisfait à la convention intervenue, on ne peut lui demander davantage, et il n'encourt aucune déchéance pour ne pas fournir de nouvelle garantie. L'art. 1188 notamment ne fait perdre le bénéfice du terme qu'au débiteur qui diminue « par son fait » les sûretés données à son créancier, et tel n'est pas le cas lorsque le gage périt par cas fortuit. Quant à la disposition de l'art. 2131, obligeant le débiteur à fournir une nouvelle hypothèque si l'immeuble primitivement affecté à la garantie de la dette hypothécaire a été détérioré, elle est spéciale à l'hypothèque et ne saurait être étendue l'hypothèse du gage.

**E.** En résumé, dans les contrats qui viennent

1. Hepp., *op. cit.*, p. 126 et s., 135 et s.

d'être examinés, commodat, dépôt, gage, les risques sont pour le créancier de la chose prêtée, confiée en dépôt ou remise en gage ; le débiteur est libéré par la perte survenue sans sa faute. Par risques à la charge du créancier, il ne faut pas d'ailleurs entendre seulement les accidents qui atteignent matériellement l'objet du contrat et en diminuent la valeur ; il faut encore, sous cette dénomination, comprendre toutes les dépenses exceptionnelles occasionnées par ces accidents et dans le but de se mettre à l'abri de leurs effets, dès l'instant qu'elles dépassent le soin et la diligence régulièrement prescrits par le contrat. Disons simplement à ce sujet, et sauf justification ultérieure, qu'en faisant ces dépenses, le débiteur a fait l'affaire du créancier, donc celui-ci lui en doit compte, quel qu'ait été d'ailleurs le résultat final des efforts ainsi faits, dès l'instant qu'ils se justifiaient au moment où ils ont été faits.

Ajoutons enfin, pour terminer, que nous retrouverions l'application des mêmes principes, *mutatis mutandis*, dans les divers contrats unilatéraux qui peuvent avoir pour objet, soit un corps certain, soit des choses de genre, soit un fait à accomplir, dans la donation par exemple. Là aussi la question des risques se confond avec celle de l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure, et, après les indications qui précèdent, il est inutile d'insister davantage sur ce point.

## CHAPITRE IV.

### DES RISQUES DANS LES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES.

En quelques mots, rappelons comment se présente plus particulièrement, dans les contrats synallagmatiques, la question des risques, abstraction faite des difficultés relatives à la responsabilité.

Des contractants, l'un se trouve libéré par la perte de la chose due, par l'impossibilité d'exécuter le fait promis survenue sans une faute de sa part : l'autre partie va-t-elle être tenue de remplir néanmoins son engagement, et, ne recevant rien, peut-elle être forcée de fournir cependant la prestation promise ? — Admettre l'affirmative, c'est faire retomber les risques sur le créancier, qui se dépouille de son bien et se prive d'un objet représentant une certaine valeur, sans recevoir de compensation ; adopter la solution inverse, c'est, au contraire, rejeter la perte provenant du cas fortuit sur le débiteur, qui voit disparaître l'avantage qu'il avait pu espérer du contrat. La perte de l'objet dû ne saurait en effet l'atteindre directement puisque en toute hypothèse, il était tenu de s'en défaire au profit de l'autre contractant ; le seul dommage qu'il puisse réellement subir, c'est de perdre les droits que lui donnait la convention.

Et, pour résoudre ces difficultés, c'est à la volonté des contractants qu'il y a lieu de se référer : celui-là supportera les risques à la charge duquel les parties auront entendu les mettre, et c'est cette intention qu'il faut prendre avant tout en considération, et s'efforcer de dégager dans chaque hypothèse particulière.

**A.** Mais, avant d'aborder cet examen d'une façon spéciale, il importe de rechercher quelle doit être, en thèse générale, indépendamment des règles positives qui peuvent exister à cet égard, la solution du problème tel qu'il vient d'être posé ; il faut se demander si, en principe, les risques doivent être à la charge du débiteur, de celui qui ne peut exécuter intégralement son obligation, ou bien s'ils doivent être au contraire supportés par le créancier.

A cette question la réponse est, croyons-nous, aisée ; elle dépend surtout de la manière dont on envisagera le contrat synallagmatique, dont on concevra le but que se sont proposé les parties en contractant.

Dans un contrat de cette nature, que voyons-nous en effet ?

Deux personnes s'engagent réciproquement l'une vis-à-vis de l'autre : la première devra accomplir tel fait, donner telle chose déterminée ; l'autre sera tenue, en revanche, de verser une somme, de fournir une prestation quelconque ; et

cet engagement chacune des parties en présence ne le prend qu'en vue et en raison de l'engagement pris par l'autre contractant. Chacune des obligations est la cause l'une de l'autre ; elle en forme la contre-partie, l'équivalent indispensable sans lequel le contrat même ne se serait pas formé.

Eh bien, est-il possible d'affirmer que les contractants ont atteint réellement leur but, lorsqu'ils ont ainsi obtenu l'un de l'autre cette promesse réciproque et le droit d'action qui en est la conséquence ? Peut-on soutenir avec vraisemblance que chacun doit se tenir pour satisfait en ayant ainsi à sa disposition le moyen légal de contraindre l'autre partie à s'exécuter ? Ou bien, au contraire, n'ont-ils pas eu en vue tout autre chose que ce droit théorique d'agir qui leur appartient ? En s'obligeant eux-mêmes, n'ont-ils pas entendu obtenir, non pas simplement un droit, c'est-à-dire quelque chose d'abstrait, dont les conséquences pratiques sont plus ou moins incertaines, mais bien un avantage effectif, réel, dû à l'exécution matérielle et intégrale de l'obligation prise ?

Au point de vue qui nous occupe, de la répartition des risques, la question ne laisse pas d'avoir son importance.

Admettre la première manière de voir, c'est en effet faire retomber les risques sur le créancier : celui-ci, par le contrat, n'a-t-il pas atteint son but ? n'a-t-il pas obtenu ce qu'il cherchait avant tout, c'est-à-dire l'engagement de l'autre con-

tractant? Le résultat pratique de l'obligation ainsi contractée n'est-il pas chose secondaire, et comment le contrat ne demeurerait-il pas alors debout, même si l'un des contractants ne peut s'exécuter par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure? L'obligation qui pèse sur l'autre n'en a pas moins sa raison d'être, et, par suite, elle doit continuer à subsister.

Adopter le second point de vue, ce sera au contraire mettre les risques à la charge du débiteur. En traitant, le créancier, en effet, a eu surtout en vue le résultat pratique que pouvait lui procurer la convention ; pour lui, le droit né à son profit du contrat était le moyen, non le but ; et s'il a consenti à s'obliger lui-même, à pouvoir être tenu de s'exécuter, c'était à cette condition qu'il verrait du moins la réalisation effective de la promesse à lui faite par l'autre contractant. Comment, dès lors, celui-ci, sans exécuter lui-même, pourrait-il se prévaloir du droit qui lui appartient? Et, si son empêchement est dû à un cas fortuit ou à une force majeure, ceux-ci empêcheront sans doute sa responsabilité de naître et d'entraîner condamnation ; ils ne doivent pas empêcher l'obligation de l'autre contractant de s'éteindre à son tour.

Or, est-il besoin de le dire? de ces deux points de vue c'est le dernier qui, de beaucoup, est le plus exact.

Chacune des parties en présence n'a certainement entendu s'obliger qu'à la condition de

recevoir l'équivalent de ce qu'elle serait tenue de débourser ; elles ont l'une et l'autre envisagé avant tout le résultat pratique du contrat intervenu, et non son côté abstrait ; et, dans le droit que la convention engendre à leur profit réciproque, elles ont vu avant tout le moyen de parvenir à un résultat positif. Que, pour une raison ou pour une autre, ce moyen demeure inefficace, que, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, l'une des obligations s'éteigne, celle qui en est la contre-partie doit donc également disparaître dans l'intention vraisemblable, certaine même, des contractants : celui qui n'a plus rien à donner ne doit plus rien réclamer ; autrement dit, les risques, en principe, doivent être pour le débiteur.

Ils doivent être pour le débiteur, et, par là, il faut entendre que le créancier sera libéré lui aussi par le cas fortuit qui fait disparaître l'obligation contractée envers lui. Cette extinction de sa propre obligation, il pourra s'en prévaloir au même titre que l'autre contractant ; il aura le droit de demander et de faire prononcer à son profit la résiliation du contrat lorsque son intérêt y sera engagé ; et c'est ce qui arrivera dans l'hypothèse notamment où l'obstacle qui empêche l'autre partie d'exécuter le contrat ne serait pas absolu, et n'aurait qu'une durée relative. En traitant, le créancier a pu, en effet, n'entendre être tenu de recevoir la prestation à lui due que pendant un certain délai, prestation qui l'obligerait à s'exécuter de son côté : les risques

n'étant pas à sa charge, il pourra donc se prévaloir de l'impossibilité où se trouve, dans le moment, son cocontractant de remplir son obligation.

**B.** Les risques doivent être pour le débiteur.

Ce principe, une formule depuis longtemps consacrée par l'usage sert à l'exprimer : « *Res perit domino* », formule à laquelle on en oppose une autre pour indiquer le principe contraire : « *Res perit creditori* ». Commodes en raison de leur brièveté, et acceptées dans le langage courant du droit, ces formules, avant d'être employées, exigent quelques explications, et sur la portée qu'il convient de leur donner, et sur l'origine qu'il faut leur assigner.

*a).* « *Res perit domino* ». Prise à la lettre, cette formule n'exprimerait pas autre chose que cette vérité évidente d'après laquelle tous les droits réels, de propriété ou autres, qui portent sur un objet matériel s'évanouissent lorsque l'objet lui-même vient à périr. Tout autre est sa signification et sa portée dans la matière des risques, portée qui s'étend, non seulement aux obligations de donner, comme il apparaît au premier abord, mais même aux obligations de faire, ce que ne semblent pas indiquer à première vue les termes employés.

Par cette formule, on effet, le principe que l'on entend exprimer est le suivant : quiconque est devenu créancier en vertu d'un contrat synallag-

matique a droit, soit à la libération de ce qu'il a promis, soit à la restitution de ce qu'il a donné, si un cas fortuit met obstacle à l'exécution de donner ou de faire née à son profit. « *Res perit domino* », la chose périt pour celui auquel elle appartient, c'est-à-dire pour celui qui en est débiteur et n'a pas encore rempli intégralement son engagement ; pour lui périt l'objet qu'il devait donner, et dont il ne recevra pas le prix ; et, par extension, c'est à son préjudice que surviendra l'impossibilité d'exécuter le fait promis, puisqu'il ne touchera pas la rémunération à laquelle il aurait eu droit en échange.

C'est l'idée diamétralement opposée que l'on exprime par le « *res perit creditori* ».

Par là on formule le principe suivant : quiconque, en vertu d'un contrat bilatéral, est créancier d'une chose ou d'un fait doit supporter les conséquences de tout événement, cas fortuit ou force majeure, qui empêche l'exécution effective de l'obligation née à son profit de la convention. Ne recevant rien, il devra cependant fournir la prestation promise par lui ; il ne pourra réclamer la restitution de ce qu'il aurait déjà donné ; le contrat demeurera entier à son égard. « *Res perit creditori* », la chose périt pour le créancier, pour celui qui n'a pas reçu la prestation à laquelle il avait droit, qui a eu seulement un moyen légal pour l'obtenir, et se voit tenu cependant d'exécuter réellement l'obligation prise par lui.

*b)*. Quant à l'origine même de ces formules, avec le sens et la portée qui leur ont été finalement reconnus, on les chercherait en vain dans les textes du droit romain, d'où cependant, à première vue, on pourrait les croire tirées. On peut affirmer sans hésitation qu'elles sont avant tout l'œuvre des interprètes, et ce n'est même pas à l'occasion des contrats synallagmatiques qu'elles ont apparu tout d'abord.

Nous avons signalé, en effet, précédemment, à propos des contrats unilatéraux, les solutions données par le droit germanique dans le commodat et dans le gage : l'emprunteur à usage, le créancier gagiste répondaient des risques de l'objet qui leur avait été prêté ou remis en garantie. A ce système, et dans une certaine mesure peut-être par réaction contre lui, les romanistes opposèrent la solution beaucoup plus rationnelle du droit romain, ne faisant supporter à l'emprunteur ou au créancier gagiste la perte survenue que s'il y avait faute de leur part ; et un texte vint assez mal à propos leur fournir l'occasion de résumer leur doctrine à ce sujet dans cette formule : « *Res perit domino.* »

Dans la loi 9 au Code *de pignerat. act.* [1], Dioclétien déclare que le débiteur demeure propriétaire du gage fourni par lui, et il ajoute qu'en conséquence la perte en est pour lui, s'il vient à périr par cas fortuit : « *Pignus in bonis debitoris permanere,*

1. C. 4, 24.

*ideoque ipsi perire in dubium non venit.* » La solution était bonne, la raison donnée contestable.

Si le créancier gagiste est libéré de son obligation de restituer le gage lorsque celui-ci périt par cas fortuit, c'est parce que, débiteur d'un corps certain, son obligation est éteinte par la perte de la chose due survenue sans sa faute : la question de propriété du débiteur qui a fourni le gage n'a rien à voir dans l'application de ce principe. L'empereur romain semble cependant la prendre en considération : a-t-il été frappé de ce fait qu'à l'époque où il vivait la propriété du gage n'était pas transmise au créancier, et, par inadvertance, a-t-il rattaché à cet effet la question de répartition des risques ? Ou bien a-t-il voulu distinguer l'espèce sur laquelle il statuait de l'hypothèse où une dation en paiement aurait suivi la constitution du gage ? C'est un point qui ne saurait être élucidé. En tout cas, la solution qu'il donnait et les motifs sur lesquels il la fondait concernaient le gage seulement. Son intention n'avait jamais été de formuler un principe applicable à tous les contrats sans exception ; et les premiers interprètes qui du texte en question tirèrent la règle « *res perit domino* », n'entendirent également lui donner qu'une portée restreinte, se référant à quelques contrats, le dépôt, le commodat, le gage, où, par suite d'une analyse insuffisante de l'acte intervenu, la question des risques paraissait dépendre de la question de propriété.

Seulement, la formule en question eut du succès ; elle trouva l'occasion de s'appliquer dans les contrats synallagmatiques, dans la vente notamment, où, nous aurons l'occasion de le constater, il existe une certaine relation entre la question des risques et celle du transfert de propriété ; et, par opposition, l'autre formule « *res perit creditori* » fit son apparition : elle fut la contre-partie de la précédente, Finalement, l'une et l'autre, en dépit de leur portée grammaticale inexacte ou insuffisante, servirent, et peuvent encore, sous le bénéfice des explications qui précèdent, servir à résumer les deux systèmes contraires qui mettent, dans les contrats synallagmatiques, les risques, l'un à la charge du débiteur, l'autre au compte du créancier.

*c).* De ces deux systèmes, nous avons indiqué lequel, à notre sens, étant donné la nature des contrats synallagmatiques, était le plus rationnel ; nous pouvons ajouter dès maintenant que c'est aussi celui qui, traditionnellement, a été adopté par le législateur.

Sans doute, on chercherait en vain quelque disposition générale à ce sujet, formulée en termes précis dans les textes positifs soit anciens, soit modernes. En ce qui concerne même le droit romain, dont les solutions sont encore, dans la plupart des cas, consacrées à l'heure actuelle, on peut affirmer, sans crainte de se tromper, que, suivant leur habitude, les jurisconsultes se sont

surtout attachés à donner une solution d'espèce motivée par des considérations pratiques, sans s'assujétir à un principe absolu. Il n'en est pas moins certain qu'à Rome, aussi bien que dans notre ancien droit et dans le droit actuel, le caractère des contrats à titre onéreux a été interprété comme nous l'avons indiqué, et a conduit par cela même, d'une façon générale et sauf exception, à la solution la plus conforme à l'intention commune des parties contractantes, comme nous allons le constater en étudiant individuellement chaque espèce de contrats.

## CHAPITRE V

### DE LA VENTE.

D'une importance pratique indiscutable, le contrat de vente est aussi, parmi les contrats bilatéraux, l'un de ceux dans lesquels la question des risques se pose le plus fréquemment et se présente sous les aspects les plus divers: à ce titre, elle mérite de faire d'abord le sujet de notre étude et d'être l'objet d'un examen particulier.

D'une manière générale, cette question des risques, de la perte de la chose vendue survenue par cas fortuit ou force majeure, peut se présenter dans trois circonstances différentes :

Tantôt la perte sera survenue avant la formation même du contrat, soit avant toute convention intervenue, soit tout au moins avant que le contrat bilatéral ait été formé ;

Le plus souvent, et c'est l'hypothèse normale, l'accident se produira après la formation même du contrat et empêchera son exécution ;

D'autres fois, enfin, la question se présentera encore lorsque le contrat formé et exécuté, au moins en apparence, se trouvera annulé ou rescindé pour une raison quelconque, ou bien donnera lieu à une demande en garantie.

Il importe de rechercher, dans ces hypothèses diverses, sur qui retomberont les risques de ce qui fait l'objet du contrat.

## SECTION PREMIÈRE

### Du cas fortuit antérieur à la formation du contrat de vente.

#### § 1er

*De la perte de la chose vendue antérieure à la vente.*

Au moment où les parties contractent, où l'une convient d'acheter, l'autre de vendre une chose déterminée, celle-ci n'existe plus, ou tout au moins elle a été détruite en partie : sur qui vont retomber les conséquences de cet événement ? Quelle va être son influence sur le contrat intervenu ? Il s'agit bien entendu, ici, soit d'une perte matérielle, comme la destruction ou la détérioration de la chose en vue de laquelle il a été traité, soit d'une perte juridique, comme sa mise hors du commerce. L'hypothèse d'une dépréciation, d'une baisse de valeur des objets sur lesquels porte la convention est en dehors du cas qui nous occupe ; elle peut donner lieu à l'application des principes relatifs à la rescision pour cause de lésion, si cette rescision est admise en faveur de l'acheteur : elle est étrangère à la question des risques telle que nous l'entendons en ce moment.

Dans l'hypothèse qui vient d'être indiquée,

deux cas doivent être distingués : ou bien la perte de la chose qu'il était question de vendre est totale, ou bien elle est partielle.

A. La perte est-elle totale, la solution est très simple : le contrat de vente ne peut se former ; il manque d'un élément essentiel, il n'a pas d'objet ; la convention intervenue demeurera sans effet, et, partant, la perte sera pour le vendeur, qui ne peut songer à retirer un prix d'un objet qui n'existe plus.

C'est ce qu'exprime en termes formels l'article 1601 du Code civil : « Si, au moment de la vente, la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle »[1] ; et l'on peut ajouter nulle d'une nullité absolue, inexistante ; car elle n'a pas d'objet, c'est le néant. Il pourrait, il est vrai, y avoir lieu à une action en responsabilité dans l'hypothèse où le soi-disant vendeur, connaissant la situation vraie au moment du contrat, aurait par son dol causé un véritable préjudice à celui avec qui il a traité, lequel a pu manquer l'occasion de faire un autre marché avantageux, trompé par la proposition du prétendu vendeur. Bien qu'il n'y eût pas de vente au sens propre du mot, le droit romain donnait cependant, en pareil cas l'action *ex empto*, plus avantageuse à certains égards

1. V. l. 15 pr., *De contrah. empt.*, D. 18, 1. — Pothier, *De la vente*, n° 4.

que celle de dol [1]. Dans notre droit actuel, il y aurait lieu à une action personnelle fondée sur l'art. 1382 C. civ., et laissant complètement hors de doute la nullité absolue de la vente.

**B.** Au lieu d'être totale, la perte est-elle simplement partielle, la nullité, l'inexistence du contrat n'apparaît plus comme dans le cas précédent : il existe encore un objet sur lequel la vente peut porter ; elle peut donc se former. Mais quel sera l'effet de cette destruction partielle sur le sort du contrat, en supposant bien entendu, car c'est seulement ainsi que la question peut se poser, que les parties, ou tout au moins l'acheteur, aient traité dans l'ignorance de l'accident survenu ?

A Rome, une distinction paraît avoir été admise [2].

L'accident arrivé était-il tel qu'il avait dénaturé ce qui devait être l'objet de la vente, lui avait-il enlevé les qualités qui le caractérisaient, et en vue desquelles l'acheteur avait traité ; en un mot, n'était-il plus propre à remplir la destination qu'on s'était proposé de lui donner ? En semblable occurrence la perte ou détérioration partielle était assimilée à la perte totale ; la chose était considérée comme n'ayant plus d'existence ; la vente était nulle, et l'acheteur n'était pas tenu de donner le

1. L. 62, § 1, *De contr. empt.*, D. 18, 1.— § 5, *De emptione*, Inst. 3, 23.
2. L. 57, pr., l. 58, *De contr. empt.*, D. 18, 1.

prix. C'est cette doctrine dont les Romains font notamment l'application dans l'hypothèse où, deux choses étant promises pour un seul et même prix, l'une d'elles a péri avant la vente. L'acheteur est considéré comme ayant traité en vue d'avoir les deux objets à la fois; l'un et l'autre sont regardés comme lui étant indispensables; avec un seul, il n'atteindrait pas le but cherché : la vente, par conséquent, ne se formera pas [1].

La chose, au contraire, a-t-elle conservé les qualités en vue desquelles l'acheteur a traité, la détérioration subie n'a-t-elle pas eu pour effet de la dénaturer au point de la rendre impropre à l'usage auquel elle était destinée ? La vente subsistera en pareil cas ; l'acheteur ne pourra la tenir pour non avenue. Seulement, comme il s'agit d'un contrat de bonne foi, il appartiendra au juge de réduire, *ex æquo et bono*, le prix dû par l'acquéreur.

Dans tous les cas, la perte retombe donc sur le vendeur, ce qui se conçoit fort bien, puisque la perte est survenue avant la formation du contrat, avant l'engagement pris par l'acheteur, engagement qui eût été tout autre s'il eût connu l'état réel de l'objet du contrat. Seulement, la vente tantôt est annulée, et tantôt subsiste, d'après une distinction fort rationnelle sans doute, mais, en pratique, susceptible de soulever des difficultés nombreuses.

1. L. 11, *De contr. empt.*, D. 18, 1.

Dans notre ancien droit, Pothier suivait le système romain [1]. Il déclarait que, d'après « la subtilité du droit », le contrat devait être maintenu, puisqu'il avait un objet; mais le prix devait en être diminué en raison de la détérioration survenue : il y avait même lieu à résolution de la vente, si la chose se trouvait dans un état tel que l'acheteur n'eût pas traité s'il l'avait connu.

Le législateur de 1804 n'a pas suivi complètement, sur ce point, la doctrine de son guide habituel. D'après l'art. 1601-2° : « Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par ventilation. »

Les risques sont donc pour le vendeur comme précédemment et pour les mêmes motifs, mais avec cette différence que l'acheteur sera toujours maître d'abandonner le contrat, s'il le juge à propos. L'art. 1601 est, en effet, formel à cet égard ; il n'exige pas que la perte ait une importance telle, que l'acheteur n'eût pas traité s'il l'avait connue : une détérioration même minime permettra à celui-ci, soit d'obtenir une diminution du prix, soit de tenir le marché pour non avenu.

C'est à tort que l'on a voulu invoquer, contre l'exercice illimité de ce dernier droit, la disposition

1. *De la vente*, n° 4.

de l'art. 1636 : visant l'hypothèse d'une éviction partielle de la chose vendue, ce texte n'admet l'acquéreur à faire résoudre le contrat que si la partie évincée est de telle importance, par rapport au tout, que, sans elle, il n'eût pas traité. Mais autre chose est la résolution de la vente pour cause d'éviction se produisant longtemps peut-être après l'exécution du contrat, venant jeter le trouble dans les relations entre vendeur et acheteur, et menacer les droits consentis à des tiers ; autre chose est la résiliation de la vente prononcée, au lendemain même du contrat, en raison d'un accident survenu quelques moments avant sa conclusion : entre les deux espèces, il n'y a pas analogie complète. En tout cas, dans l'une, nous avons un texte formel limitant le droit de résolution de l'acquéreur ; dans l'autre au contraire, il n'y en a pas ; bien loin de là, les termes de l'art. 1601 semblent absolus en sens inverse :... « Il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de demander la partie conservée... ». Rien ne restreint la liberté de choix qui lui est accordée, rien ne limite cette faculté « d'abandon » qui lui appartient, selon l'expression assez singulière du législateur, qui semble indiquer par là que, dans sa pensée, la vente ne deviendra définitive que par une sorte de ratification postérieure à la connaissance de l'accident survenu, le contrat demeurant jusqu'alors en suspens, à la discrétion de l'acheteur.

Sans doute, il est regrettable, au point de vue

rationnel, de laisser ainsi le contrat à la merci d'une seule des parties en présence ; mais les rédacteurs du Code ont pensé, sans doute que l'acheteur était seul à même d'apprécier si la perte était ou non d'une importance telle, qu'il n'eût pas traité en la connaissant. Ils ont voulu surtout écarter les difficultés qui n'auraient pas manqué de surgir sur ce point ; et, pour cela, ils ont rompu avec la tradition, au risque d'exagérer peut-être le droit de l'acquéreur, et de lui faire une situation trop favorable.

§ 2.

*Promesses unilatérales de vente et d'achat.*

De l'hypothèse qui vient d'être examinée, il convient de rapprocher les promesses unilatérales de vente et d'achat, c'est-à-dire les cas où le contrat synallagmatique de vente proprement dit n'est pas encore formé, mais où il existe une seule obligation, soit de vendre, soit d'acheter, à la charge d'un vendeur ou d'un acheteur éventuel, obligation qui n'a pas encore sa contre-partie dans l'engagement d'un autre contractant, soit de payer le prix réclamé, soit de céder l'objet demandé. En quelques mots précisons davantage l'hypothèse dont il s'agit.

Une personne offre, soit de vendre, soit d'acheter tel objet désigné pour un prix déterminé :

tant que cette offre n'a pas été acceptée, il n'y a là qu'une simple pollicitation, ne produisant aucun effet et susceptible d'être retirée par celui de qui elle émane. Mais quelqu'un se présente pour prendre acte de la proposition faite ; sans vouloir dès maintenant s'engager lui-même et se porter acquéreur ou devenir vendeur, il entend se réserver le droit de décider ultérieurement s'il entend ou non profiter effectivement de l'offre en assumant les charges qui résulteraient naturellement pour lui de cette acceptation. Dès lors, on ne se trouve plus en présence d'une simple pollicitation sur laquelle on puisse librement revenir : une véritable obligation est née à la charge du pollicitant, obligation unilatérale, car il n'y a engagement que d'un seul côté, mais obligation qui fera partie intégrante d'un contrat synallagmatique, d'une vente proprement dite, le jour où celui au profit de qui elle existe voudra parfaire le contrat en prenant à son tour les engagements qu'il comporte. De là cette question : sur qui vont retomber les risques de la chose objet de cette promesse unilatérale de vendre et d'acheter, si elle vient à périr avant que le contrat de vente soit définitivement formé ?

Le Code civil n'ayant pas prévu cette hypothèse d'une promesse de vendre ou d'acheter unilatérale, c'est donc à l'aide des principes généraux et des indications fournies par notre ancien droit

qu'il faut résoudre les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet.

**A.** Considérons d'abord une promesse unilatérale de vente : un promettant s'engage à vendre tel objet désigné pour un prix déterminé, si tel autre individu se décide à l'acheter. Que la chose ainsi promise vienne à périr avant que celui auquel la promesse a été faite et qui en a pris acte, ait déclaré vouloir en profiter et devenir acquéreur, il est clair qu'il n'y a plus désormais de vente possible, la perte sera donc pour le promettant demeuré propriétaire de sa chose, puisque l'autre partie n'avait pas encore consenti à l'acquérir.

Il en sera de même encore si la chose promise est simplement détériorée : libre d'acheter, le stipulant ne déclarera pas consentir à l'achat d'un objet qui aurait diminué de valeur, et ne serait plus en rapport avec le prix qu'il aurait à verser.— Mais pourrait-il, en déclarant qu'il entend profiter de la promesse à lui faite, exiger une diminution du prix primitivement fixé, proportionnelle à l'importance de la détérioration subie par la chose vendue ?

Dans notre ancien droit, Pothier se prononçait pour la négative[1]. L'acheteur n'était pas en effet forcé d'acheter ; s'il le faisait, c'était en connaissance de cause ; il pouvait, en ne procédant pas à

1. *De la vente*, n° 484.

l'achat, laisser tous les risques à la charge du promettant. Mais, s'il agissait autrement, ce dernier qui n'avait rien entendu vendre que moyennant un prix déterminé, ne pouvait être contraint de subir une diminution.

Sous l'empire du C. civ. c'est, croyons-nous, la solution inverse qui doit être adoptée en appliquant par analogie la disposition de l'art 1601-2° : le promettant pourrait être tenu de livrer en subissant une diminution de prix.

D'un côté, en effet, les risques sont à son compte, puisqu'il n'a pas encore trouvé d'acquéreur ; sur ce point, tout le monde est d'accord ; et, d'autre part, la convention intervenue a fait naître une obligation à sa charge, obligation consistant à vendre, le jour où l'autre partie consentira à acheter. La combinaison de ces deux idées ne doit-elle pas conduire logiquement à permettre à l'acquéreur de se prévaloir du droit existant à son profit, mais en faisant subir une diminution du prix proportionnelle à l'importance de la détérioration survenue ? Sans doute, l'acheteur n'est pas tenu d'acheter, et c'est bien pour cela qu'il ne supporte pas les risques ; mais le vendeur est tenu de vendre, et, pour ce, il est obligé de subir une diminution du prix, si l'objet promis a péri en partie depuis le moment où il a commencé à être dû.

Il n'y a pas, croyons-nous, à tirer argument en sens contraire de la disposition de l'art. 1182

du C. civ. Prévoyant le cas où une chose due sous condition suspensive vient à être détériorée, ce texte oblige l'acheteur, soit à renoncer au contrat, soit à prendre l'objet dans l'état où il se trouve, sans diminution de prix. Mais tout autre est l'hypothèse d'un contrat synallagmatique conclu sous condition suspensive, et le cas où une obligation unilatérale existe seule d'abord, et où le contrat bilatéral ne se forme qu'après coup, par une manifestation nouvelle et expresse de la volonté de l'un des contractants : entre les deux espèces il n'y a pas analogie, et l'on ne saurait conclure de l'une à l'autre.

Quant à l'intention que l'on pourrait prêter au vendeur de n'avoir consenti à vendre que dans le cas où la chose serait demeurée intacte, on n'en tient pas compte dans l'art. 1601, lorsque la perte est survenue à l'insu des parties avant la vente ; il doit en être de même ici.

Pothier, prévoyant l'hypothèse où la chose, au lieu d'être détériorée, aurait reçu au contraire un accroissement imprévu, par suite d'une alluvion par exemple, permettait au promettant, dans cette circonstance heureuse, d'augmenter le prix primitivement fixé, cette possibilité d'élever ses prétentions étant en quelque sorte une juste compensation des risques qui pesaient sur lui.

Sans méconnaître la pensée équitable qui a pu inspirer cette doctrine, elle ne saurait cependant être acceptée aujourd'hui. Par le fait même de

s'être soumis à une obligation sans recevoir l'engagement concomitant d'un autre contractant, le promettant a assumé les risques de l'objet offert par lui ; et cela doit s'entendre en ce sens, non seulement qu'il subira la perte qui pourra arriver, mais encore qu'il ne profitera pas des augmentations qui pourront survenir. Dès l'instant que l'objet existe encore, le stipulant a le droit absolu de vouloir conclure le marché ; le promettant ne peut en modifier les conditions.

**B.** Dans la promesse unilatérale d'acheter, le promettant s'engage à acquérir moyennant une somme déterminée un objet désigné, le jour où le proprétaire consentira à le vendre.

Si l'objet périt entièrement avant que ce consentement ait été donné, la perte est tout entière, cela n'est pas douteux, pour le propriétaire qui avait conservé sa chose : il serait bien évidemment trop tard pour lui de consentir à vendre ce qui n'existe plus.

La perte est-elle seulement partielle, la vente peut au contraire se réaliser, puisqu'elle a encore un objet. Sur qui vont retomber les risques ? est-ce sur le promettant, qui se verra tenu de prendre l'objet tel quel, sans diminution de prix ?

Dans notre ancien droit, la négative était admise. Celui au profit de qui la promesse d'achat avait été consentie étant demeuré propriétaire de sa chose, maître de consentir ou non au marché,

les risques en demeuraient par cela même à sa charge ; en cas de perte partielle, il y avait donc lieu à une diminution proportionnelle du prix au profit de l'acquéreur. En revanche, ce dernier, dès que cette diminution était proposée, ne pouvait se soustraire au contrat, exception faite toutefois si l'objet se trouvait dans un état tel qu'il ne pût remplir le but proposé, et que l'acheteur n'eût pas traité en vue de l'obtenir si cette situation avait existé au moment où la convention est intervenue[1].

Le système inverse a trouvé des défenseurs dans la doctrine moderne[2].— Le promettant, a-t-on dit, est supposé avoir accepté les chances de détérioration qui peuvent survenir à l'objet qu'il s'est engagé à acheter ; il s'est mis en quelque sorte à la discrétion de l'autre partie pour le cas où il plairait à celle-ci de conclure le marché ; il doit en subir les conséquences : il n'aura donc pas le droit d'obtenir une diminution du prix. Il ne pourra pas davantage se dégager de l'obligation prise par lui, si la détérioration était telle, que, survenue plus tôt, elle l'eût empêché de traiter : ce serait soulever, en effet, des questions d'interprétation presque insurmontables qu'il est préférable d'écarter.

La solution donnée par notre ancien droit est, croyons-nous, préférable, et de beaucoup plus

1. Pothier, *De la vente*, n° 493.
2. Colmet de Santerre, *De la vente*, 10 *bis*, VIII.

conforme à l'intention du promettant. Celui-ci a consenti à acheter une chose un prix déterminé ; mais c'est en prenant en considération l'objet tel qu'il se comporte au moment où la convention intervient. Sans doute, il accepte les chances de dépréciation qui peuvent survenir, et c'est en ce sens qu'il se trouve à la discrétion du vendeur; mais il n'est pas démontré qu'il entende prendre à sa charge les risques des détériorations matérielles qui peuvent être causées par cas fortuit, et qu'il consente à prendre l'objet, quel que soit son état, au moment où l'on consentira à le lui céder. Il faudra donc lui accorder le droit de faire réduire le prix, si la chose est détériorée au moment où le contrat de vente se forme. Et même, dans cette hypothèse, il devrait avoir le droit de refuser le marché par analogie avec le cas prévu par l'article 1601 d'une perte partielle antérieure à la formation du contrat.

## SECTION II.

### Du cas fortuit postérieur à la formation du contrat de vente.

Les parties sont tombées d'accord sur la chose et le prix; le contrat de vente est formé ; ce qui en fait l'objet vient à périr en tout ou en partie par suite d'un cas fortuit qui rend ainsi impossible désormais l'exécution intégrale du contrat : le vendeur qui n'a pas livré la chose vendue et ne pourra plus la livrer, aura-t-il droit néanmoins au

prix stipulé, ou bien l'acquéreur qui n'a rien reçu pourra-t-il se déclarer libéré ? Telle est l'hypothèse normale dans laquelle, en matière de vente, se présente la question des risques, et où elle donne lieu aux applications de principe les plus nombreuses, en raison des modalités diverses qui peuvent affecter le contrat.

### § 1er

### *Vente pure et simple.*

#### I. — Portant sur un objet déterminé.

**I.** *Droit romain.* — On connaît la définition de la vente en droit romain : un contrat par lequel une personne, le vendeur, s'engage à procurer la possession paisible et utile d'une chose *(rem præstare, habere licere)* à une autre personne, l'acheteur, qui s'oblige en retour à payer une certaine somme d'argent. Par elle-même, la vente romaine engendre seulement des obligations; elle n'a pas pour effet de déplacer la propriété, lequel déplacement s'opère par des procédés spéciaux distincts du contrat lui-même, par la tradition notamment.

**A.** En ce qui concerne les risques le principe romain est le suivant : dès que la vente est parfaite, *(perfecta)*, les risques sont à la charge de l'acheteur. Dès qu'il y a eu accord sur la chose et

le prix, peu importe que la tradition ait été ou non opérée, l'acquéreur supporte la perte totale ou partielle de la chose vendue. Il n'en est pas encore propriétaire; il n'en a pas eu la possession à un moment quelconque, et cependant elle périt pour lui : « *res perit creditori* », pour employer la formule des interprètes; et des textes multiples consacrent cette solution de la manière la plus explicite [1].

Toutefois, s'il est hors de doute qu'au moins à une époque donnée, les risques dans la vente ont été à la charge du créancier avant toute tradition, cette règle est-elle bien l'expression du droit romain dans son dernier état? Ou bien, au contraire, ne se rencontre-t-elle qu'à l'origine, et a-t-elle fait place à une doctrine différente, d'après laquelle les risques seraient restés à la charge du vendeur jusqu'au moment où la propriété aurait été transférée, ou tout au moins la livraison effectuée? C'est là un point qui a été contesté et a donné lieu à un débat célèbre, aujourd'hui épuisé, mais dont il est difficile de n'être pas tenté de reproduire ici les principaux arguments.

*a).* Parmi nos anciens commentateurs, l'un

1. L. 1 pr., l. 8 pr., *De peric. et com. rei vend.*, D. 18, 6. — L. 34, § 6, *De contr. empt.*, D. 18, 1. — L. 5, § 2, *De rescind. vend.*, D. 18, 5. — L. 11 pr., *De evict.*, D. 21, 2. — L. 1, l. 4, l. 6, *De peric. et comm. rei vend.*, C. 4, 48. — § 3, *De emptione*, Inst. 3, 23.

des plus fameux, Cujas, a soutenu en effet cette opinion qu'à Rome, dans le dernier état du droit, la perte de la chose vendue demeurait pour le compte du vendeur jusqu'au moment de la tradition, c'est-à-dire jusqu'à l'instant où son obligation de « *rem præstare, habere licere* » se trouvait effectivement remplie. D'après lui, ce ne serait pas la règle « *res perit creditori* » qui aurait triomphé dans le contrat de vente, mais bien celle « *res perit domino* »[1].

Le texte principal sur lequel il fonde son système, est un passage d'Africain reproduit au Digeste, et dans lequel ce jurisconsulte s'exprime dans les les termes suivants : « *Si vendideris mihi fundum, isque priusquam vacuum traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto, quod hactenus verum erit, ut pretium restituas non ut etiam id præstes si quid pluris mea intersit eum vacuum tradi*[2]. » L'hypothèse prévue serait la suivante : un fonds a été vendu ; avant la tradition, il a été confisqué : l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix ; il peut même le répéter, s'il l'a versé. N'est-ce pas la preuve que, jusqu'à la tradition, les risques sont à la charge du vendeur ? car, dans l'espèce, la confiscation est bien considérée comme un cas fortuit, puisqu'elle n'entraîne aucune responsabilité pour le vendeur, tenu simplement de restituer ce qu'il a reçu.

1. Cujas, *Tract. ad. libr.* VIII, *Afric.*
2. L. 33, *Locati*, D. 19, 2.

D'autres dispositions viennent corroborer, au moins en apparence, cette manière de voir.

Ainsi, d'après la l. 12, *De peric. et comm. rei vend.* [1], des objets vendus ayant été placés sur la voie publique, et brisés par ordre de l'édile, la perte sera supportée d'après le principe suivant : y avait-il eu livraison, ou l'acheteur était-il en demeure de les recevoir, la perte est pour lui, sauf son recours contre l'édile, si celui-ci a outrepassé ses droits ; n'y a-t-il pas eu livraison, la perte est pour le vendeur. — De même, d'après la l. 14 au même titre, des matériaux vendus ayant été volés, le préjudice est pour le vendeur, si le vol survient avant la livraison.

Enfin, d'autres arguments, moins directs il est vrai, peuvent encore être invoqués dans le même sens : D'après la l. 39, *De solut.* [2], si un acheteur et un vendeur déposent, par défiance réciproque, la chose vendue et le prix entre les mains d'un tiers, l'objet est aux risques de l'acheteur ; et la raison, dit-on, c'est que cette remise aux mains d'un tiers, surtout s'il a été désigné par l'acquéreur, équivaut à la tradition. — La l. 16, *De condict* c. d. n. s. [3], visant le cas où une somme a été versée pour obtenir un esclave, en autorise la répétition si l'esclave meurt avant l'exécution de la convention ; et pour quel motif, sinon parce que l'on se trouve en pré-

1. D. 18, 6.
2. D. 46, 3.
3. D. 12, 4.

sence d'un acte conclu « *ad exemplum venditionis* »?

De ces textes divers, cette conclusion ne ressort-elle pas : à Rome, la tradition seule mettait les risques à la charge de l'acheteur ?

Des dispositions multiples semblent, il est vrai, consacrer la règle inverse, et faire supporter par l'acquéreur les conséquences du cas fortuit et de la force majeure, indépendamment de toute tradition ; mais, à l'aide de raisonnements ingénieux, Cujas croit pouvoir les écarter, les unes, parce que leur portée a été, d'après lui, mal comprise ; les autres, parce qu'elles visent des hypothèses où la tradition avait été opérée, ou bien dans lesquelles le créancier se trouvait en demeure de recevoir la chose vendue. Et, si ces raisons ne suffisent pas, il reste encore, pour écarter les textes en opposition avec le système proposé, la ressource de déclarer qu'ils sont l'expression d'une doctrine surannée, depuis longtemps abandonnée, et dont les traces ont été conservées par inadvertance.

C'est cette dernière explication, notamment, qui est proposée pour le texte si formel des Institutes (§ 3, l. 3, t. 23) ; c'est par erreur que Justinien aurait, dans son abrégé, déclaré qu'aussitôt l'accord intervenu entre la chose et le prix, « *periculum rei venditæ ad emptorem pertinet* ».

Au Digeste (18, 6), la l. 8 pr. déclare également que lorsque la vente est *perfecta*, « *omne periculum ad emptorem pertinet* »; mais il faut l'interpréter en

ce sens que l'acheteur ne pourra réclamer de dommages-intérêts en cas de perte fortuite : c'est là toute la portée du terme « *omne periculum* ».

Quant à l'argument que pourrait fournir la l. 11, *De evict.*, dans laquelle Paul, à propos d'une confiscation provenant du fait du prince, donne une solution contraire à celle d'Africain, pour l'écarter il suffit de supposer que la tradition a été opérée. Et les objections qui pourraient encore être tirées de dispositions diverses, telles la l. 15, *De jure dot.* [1] ou la l. 34, § 6, *De contrah. empt.* [2], il est facile d'en détruire toute la portée, en supposant que le créancier, dans les hypothèses qu'elles ont pour but de régler, se trouvait *in mora* [3].

*b)*. Il est inutile de s'attarder à démontrer que, pour écarter les textes qui mettent les risques à la charge de l'acheteur aussitôt la vente « *perfecta* », il faut ajouter aux dispositions qu'ils renferment, et même en dénaturer complètement le sens. Il n'est pas besoin surtout de faire remarquer combien singulière est cette opinion d'après laquelle Justinien, dans un abrégé destiné surtout aux étudiants, aurait reproduit une théorie abandonnée depuis longtemps, et omis de mentionner la doc-

1. D. 23, 3.

2. D. 18. 1.

3. Cujas reconnaît ailleurs qu'en droit romain, les risques sont à la charge de l'acheteur. (*Recit. ad Cod.*, IV, T. 48. *Comment., ad Jul. Pauli libros ad edictum*, lib. 33, *in lege*, 34, § 5, D. 18, 1.)

trine suivie à son époque. Bornons-nous simplement à un examen rapide des arguments positifs invoqués par le système en question.

Il s'appuie sur les l. 12 et 14 *De contrah. empt.* Mais ces textes ne sauraient lui fournir argument : ils visent, en effet, une hypothèse où le vendeur est en faute, soit pour avoir déposé les objets vendus sur la voie publique, soit pour les avoir laissé voler. Il a manqué à l'obligation de veiller sur la chose vendue, qui lui incombait tant que la tradition n'avait pas eu lieu ; il doit répondre du préjudice qui en résulte.

Il n'y a pas à se prévaloir davantage de la l. 30, *De solut.*, qui met les risques à la charge de l'acheteur lorsque l'objet et le prix sont déposés entre les mains d'un tiers ; le texte en indique en effet la raison ; c'est parce que la vente est « *perfecta* », et non parce que le dépôt équivaut à la tradition.

Quant à la l. 16, *De condict.* c. n. c. n. s, elle est étrangère entièrement à la vente, étant relative à l'hypothèse d'un contrat *do ut des*.

*c)*. Reste, il est vrai, le texte d'Africain, en opposition directe avec la doctrine qui met les risques à la charge du créancier avant toute tradition ; mais, à lui seul, il ne peut passer pour l'expression véritable du système romain. — Faut-il y voir alors la conséquence d'une opinion personnelle qui se serait fait jour, mais serait demeurée isolée ? Est-il possible, au contraire, de le concilier avec

les dispositions ordinaires du droit romain ? L'imagination des interprètes s'est donné à ce sujet libre carrière : rappelons les principales solutions qui ont été proposées.

D'après un système, Africain aurait professé une doctrine personnelle, en désaccord avec celle des autres jurisconsultes [1].

A quelle occasion le jurisconsulte romain fait-il en effet la déclaration objet de tant de discussions ? C'est à propos du louage, c'est en tranchant une difficulté relative à ce dernier contrat qu'il formule son appréciation en ce qui concerne la vente : de ce rapprochement entre ces deux contrats n'y a-t-il rien à tirer, et n'est-il pas possible de dégager la pensée qui l'a inspiré ?

Bailleur et vendeur sont l'un et l'autre tenus de procurer un avantage déterminé à leur cocontractant; le premier est obligé de « *rem præstare, frui licere* », le second de « *rem præstare, habere licere* »; or, dans le bail, il est de principe absolu que le locateur n'a droit qu'à un prix proportionnel à la durée de la jouissance qu'il aura procurée au locataire ; l'exécution réelle, effective de son obligation, est la condition *sine qua non* du paiement du prix promis par l'autre partie. Africain n'aurait-il pas été frappé des analogies existant entre la vente et le bail au point de vue des obligations du vendeur

1. Demangeat, *Droit romain*, 2, p. 311.

et du bailleur, et, partant, n'aurait-il pas voulu identifier la situation du locataire et de l'acheteur au point de vue du paiement du prix ? Puisque le premier n'est tenu de son prix de location qu'au *prorata* de la jouissance qui lui a été procurée, n'est-il pas logique d'obliger le second à solder son achat seulement lorsque la chose vendue lui aurait été réellement remise, de telle sorte qu'il ait pu en avoir la jouissance ?

Ainsi s'expliquerait le principe formulé par le jurisconsulte romain, et mettant les risques à la charge du vendeur jusqu'au moment de la tradition ; principe formulé incidemment, il est vrai, mais dont on ne saurait méconnaître la portée, et qui a toute la valeur d'une opinion profondément réfléchie et fortement raisonnée.

Sans doute, sa doctrine ne triompha pas ; les autres auteurs continuèrent à adopter le système traditionnel ; tout au plus en retrouverait-on un écho lointain dans ce passage de Julien, déclarant qu'il est contraire à la bonne foi « *ut emptor rem amitteret et venditor rem retineret* » [1]. Mais c'était bien une pensée d'équité qui avait avant tout inspiré la solution préconisée par Africain ; car il n'est pas douteux que sa voix ne se soit élevée pour réclamer la mise des risques à la

1. L. 11, § 18, *De act. empt.*, D. 19, 1. — Ce texte statue sur la portée d'une clause de non-garantie en matière d'éviction : il est donc en réalité étranger au cas qui nous occupe.

charge de l'acheteur, uniquement après la tradition opérée.

L'opinion qui vient d'être exposée n'a qu'un inconvénient : c'est de prêter à Africain un raisonnement et une manière de voir qui ne lui appartiennent pas. Lorsqu'on examine, en effet, le passage sur lequel roule la discussion, il est facile de s'apercevoir que l'auteur romain invoque la solution donnée en matière de vente pour justifier l'adoption d'une semblable dans le contrat de louage : les considérations sur l'analogie existant entre les deux contrats et l'assimilation à établir entre le locataire et l'acheteur lui sont donc complètement étrangères. Il y a plus : ailleurs [1], Africain met nettement les risques à la charge de l'acheteur avant toute tradition et aussitôt la vente « *perfecta* », c'est-à-dire dès qu'un accord est intervenu sur le prix, et que l'objet apparaît « *quid, quale, quantumque sit* » [2]. C'est donc à tort, que l'on voudrait voir dans la loi 33 *locati,* non pas l'expression du système général du droit romain au sujet des risques dans la vente, mais même simplement l'expression certaine et réfléchie d'une opinion individuelle bien arrêtée.

1. L. 39 *in fine. De solut.*, D. 46, 3.

2. V. encore, pour la perfection de la vente, la condition imposée par Justinien lorsque la vente doit être constatée par écrit (§ 3, *De empt.* Inst., 3, 23.)

Quant aux explications qui peuvent alors en être données, elles ne manquent pas, et les conciliations les plus diverses, et parfois les plus étranges, ont été proposées : indiquons seulement les plus sérieuses [1] :

D'après une opinion, la loi 33 *locati* renfermerait l'application du principe suivant : dans la vente, l'objet vendu a-t-il péri matériellement, la perte est pour l'acheteur, qui, en payant le prix, eût pu exiger livraison immédiate ; sans être détruit, l'objet en question ne peut-il plus être livré, le risque sera encore pour l'acheteur, si le vendeur peut lui céder les actions qui lui compètent à propos de la chose vendue, et qui compensent en quelque sorte la perte éprouvée. Dans le cas contraire, et c'est celui prévu par la loi 33, la perte retombe sur le

(1) On peut citer pour mémoire cette opinion : la *publicatio* aurait été une expropriation pour cause d'utilité publique, donnant lieu à une indemnité au profit du propriétaire ; Africain aurait obligé le vendeur à restituer le prix afin de l'empêcher de le cumuler avec l'indemnité ainsi payée. Or, nulle part, on ne trouve la trace de cette prétendue indemnité au profit du *publicatus*, indemnité dont les jurisconsultes auraient d'ailleurs fait bénéficier sans doute l'acheteur au même titre qu'ils lui donnaient le droit d'obtenir la cession de toutes les actions nées au profit du vendeur à propos de la chose vendue. — Pothier (*De la vente*, n° 307) adoptait l'opinion de Davezan, professeur à Orléans, d'après lequel « les lois qui ordonnaient aux possesseurs de quitter la possession de leurs héritages, pour quelque cause que ce soit, portaient apparemment cette clause : nonobstant toutes ventes qu'ils auraient faites précédemment, lesquelles demeurent nulles ». Apparemment aussi, la clause n'existait que dans l'imagination du professeur.

vendeur. C'est ce principe qui se trouve notamment consacré par la loi 35, § 4, *de contr. empt.*[1], lorsque, le vendeur ayant vendu la chose d'autrui, celle-ci périt par le fait d'un tiers, sans que les actions naissant de ce fait au profit du propriétaire puissent être cédées par le vendeur à l'acquéreur : Africain, dans le passage cité, ferait une application du même principe.

Cette opinion est inacceptable, d'abord parce que la distinction entre les cas où la chose a péri matériellement et ceux où elle subsiste sans pouvoir être livrée, ne repose sur rien ; dans l'une et l'autre hypothèse, le vendeur est également tenu de céder les actions qui lui compètent en qualité de propriétaire ; ensuite, la loi 35, *De contr. empt.* ne saurait être invoquée : elle se réfère, en effet, au cas où le vendeur est en faute d'avoir vendu la chose d'autrui sans s'être mis en mesure immédiatement de pouvoir tenir son obligation ; il encourt donc de ce chef, et à juste titre, une condamnation, tandis que, dans la loi 33, toute idée de faute doit être écartée, puisque, si le vendeur est tenu de rendre le prix, il n'est pas exposé à payer des dommages-intérêts : dans les deux espèces, le principe appliqué est donc différent.

En se plaçant à un autre point de vue, on a cru pouvoir assimiler la confiscation à une sorte

1. D. 18, 1.

de vice rédhibitoire dont la chose aurait été affectée, vice dont la cause, dans l'espèce prévue par la loi 33, aurait été antérieure à la vente, et aurait ainsi permis à l'acheteur d'obtenir la rescision du contrat et de réclamer le prix versé. Ce qui confirmerait cette manière de voir, c'est le rapprochement opéré dans le texte entre le cas où le le fonds est confisqué et celui où il s'effondre : les deux accidents seraient donc envisagés de la même manière. Quant à l'objection qui pourrait être faite que le vendeur est en faute d'avoir vendu un objet qui pouvait être confisqué en raison d'une condamnation encourue par lui, qu'il devrait par conséquent être condamné, non pas seulement à restituer le prix, mais à payer le *quantum interest,* on l'écarte en soutenant que le vendeur est excusable de n'avoir pas prévu un événement de cette nature, tout à fait exceptionnel, et auquel il n'y a pas lieu en principe de s'attendre [1].

L'inconvénient de ce système, c'est de mettre dans le texte ce qu'il ne contient pas ; l'effondrement d'un fonds et sa confiscation sont bien assimilés au point de vue de la privation de jouissance qui peut en résulter pour le locataire mais l'assimilation nevapas plus loin ,et, de fait,on ne pourrait, sans une certaine subtilité, considérne comme un vice de la chose une confiscation qui,

1. Van Wetter, *Des obligations en droit romain*, t. 1, § 17, n° 3.

l'enlève au propriétaire, mais en la laissant subsister intacte.

Aussi est-il beaucoup plus simple d'admettre que la confiscation a été envisagée comme une peine devant atteindre uniquement celui qui était l'objet d'une semblable mesure : de là l'importance attribuée au fait de la tradition, qui aura réellement fait sortir l'objet du patrimoine de celui qui est frappé par la confiscation ; de là aussi la nécessité pour le vendeur de restituer le prix reçu sous peine de faire retomber sur autrui les conséquences d'un événement qui ne doit atteindre que lui seul.

Quant aux dommages-intérêts, on comprend fort bien qu'il n'en soit pas dû, non pas, comme on l'a dit, parce que celui dont les biens sont confisqués n'aurait plus le moyen de les payer, mais parce que la mesure qui le frappe a un caractère exceptionnel, et est ordinairement si arbitraire qu'elle doit exclure toute idée de faute de sa part, au moment où il concluait le contrat.

C'est bien, d'ailleurs, sur cette idée de l'absence de toute faute de la part de l'individu frappé de confiscation que semble insister Africain : il montre, en effet que dans la vente un pareil événement n'entraîne contre le vendeur aucuns dommages-intérêts ; et, par une conséquence logique, il soutient qu'il doit en être de même dans le contrat de louage ; le locataire privé de sa jouissance ne

devra pas le prix de sa location ; mais il ne pourra non plus requérir condamnation contre le bailleur : c'est à cette constatation que se borne le rapprochement établi entre la vente et le louage.

**B**. Dans le droit romain, on peut donc tenir pour certain et constant ce principe : dans la vente pure et simple d'une chose déterminée, les risques sont pour l'acheteur aussitôt le contrat formé et avant toute tradition : « *res perit creditori* ». Quelle justification est-il possible d'en donner ?

Des raisons de nature diverse et de valeur fort inégale ont été mises en avant.

La vente une fois conclue, a-t-on dit, les améliorations qui surviennent à l'objet vendu et en augmentent la valeur, profitent à l'acquéreur sans augmentation de prix : il est juste qu'ayant ainsi les chances de gain et pouvant s'enrichir par l'effet du hasard, il supporte également les chances de perte : les Romains ont entendu ainsi établir une sorte d'équilibre entre la bonne et la mauvaise fortune, et c'est ce qui justifie la solution adoptée par eux, la mise des risques à la charge de l'acquéreur qui n'a encore rien reçu, comme cela ressort d'ailleurs de diverses dispositions renfermées aux textes [1].

Au point de vue positif la valeur de l'argument est au moins douteuse : les passages signalés, en

1. § 3, *De emptione*, Inst. 3, 23. — L. 1 pr., *De peric. et comm rei vend.*, D. 18, 6.

effet, ne déclarent pas que l'acheteur supporte les risques parce qu'il profite des améliorations ; ils disent au contraire, et ce n'est pas la même chose, que l'acheteur peut obtenir l'objet vendu sans augmentation du prix en cas d'amélioration survenue, parce que supportant les chances de perte il est juste qu'il ait au moins cette compensation éventuelle.

Mais, au point de vue rationnel, le motif indiqué laisse encore plus à désirer.

Si l'on décide, en effet, que le marché une fois conclu l'acquéreur profitant de la plus-value que peut acquérir l'objet vendu par suite des changements survenus dans la situation économique du moment, doit par cela même supporter la moins-value qui peut provenir des mêmes causes, l'argument est exact ; l'on compare deux choses identiques, et il est juste de soutenir qu'il doit exister une sorte d'équilibre entre elles : c'est là un point qui a toujours été hors de débat.

La comparaison est fausse au contraire, si l'on veut mettre en balance, comme le fait le système ci-dessus indiqué, les chances de plus-value dont une chose peut profiter indépendamment de toute modification matérielle, avec les chances multiples de détériorations matérielles qui peuvent l'atteindre : c'est comparer deux choses absolument dissemblables entre lesquelles on ne saurait établir aucune relation raisonnable.

Et si l'on veut réduire les termes de la

comparaison aux accroissements ou détériorations dont peut profiter ou souffrir matériellement l'objet vendu, qui ne sent combien est inégal et inexact le rapprochement que l'on veut ainsi établir ; pour cent chances de perte ou de dégradations auxquelles un objet est exposé, combien a-t-il d'occasions de profiter d'une amélioration, d'un accroissement matériel ?

Les Institutes signalent, il est vrai, l'hypothèse d'une alluvion. Effectivement, il y a là un cas d'accroissement matériel de la chose vendue. Mais aussi combien rarement se présente-t-il, et cette chance exceptionnelle de gain suffit-elle à justifier la règle qui met les risques à la charge du créancier, même lorsqu'il s'agit d'une vente de meubles, dans laquelle on ne conçoit pas cependant d'alluvion possible.

La faiblesse du raisonnement qui prétend fonder la solution romaine sur une répartition équitable des bonnes et mauvaises chances n'a pas échappé aux interprètes ; aussi la justification de la règle en question a-t-elle été cherchée dans un tout autre ordre d'idées, et on a voulu l'établir sur des considérations d'ordre purement juridique.

La vente, a-t-on dit, contrat synallagmatique, engendre à la charge des parties en présence des obligations réciproques, et pour qu'il puisse se former il faut, mais il suffit que ces obligations

coexistent à un moment donné ; si le vendeur consent à promettre la chose vendue, c'est parce que l'acquéreur de son côté s'oblige à en verser le prix ; et si ce dernier prend l'engagement de verser une somme d'argent, c'est parce que le vendeur s'est obligé à fournir la chose convenues.

Mais s'il est ainsi nécessaire pour la formation même du contrat, de l'*emptio venditio*, que ces deux obligations coexistent, le contrat une fois formé, elles deviennent indépendantes l'une de l'autre ; elles ont chacune désormais leur existence propre, et l'une peut s'éteindre sans que l'autre en soit affectée [1]. La perte de la chose vendue pourra faire évanouir l'obligation du vendeur, elle laissera subsister néanmoins celle de l'acheteur. Ce dernier après tout n'a-t-il pas atteint son but en obtenant l'engagement de l'autre contractant ; qu'importe le résultat positif qu'il en aura retiré ; son obligation n'en a pas moins été régulièrement formée, elle doit donc survivre à la disparition de celle du vendeur, et c'est ce qu'exprime en fort bons termes la l. 21, *De heredit. vend.* [2], lorsqu'elle déclare : « *pretium hominis venditi non ex re sed propter negotiationem percipitur* », dans la vente le prix est dû par le seul fait du contrat et non en raison de la livraison de l'objet vendu.

Nous avons indiqué précédemment ce qu'il

1. Labbé, *De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, n° 83.
2. D. 18, 4.

fallait penser, en raison, de cette conception d'un contrat synallagmatique engendrant deux obligations distinctes et indépendantes l'une de l'autre, le contrat une fois formé. A notre sens, les parties, en traitant, ont eu en vue toute autre chose que d'obtenir un simple droit de créance l'une vis-à-vis de l'autre : leur but véritable a été d'obtenir l'exécution réelle de l'engagement pris envers elles. Nous pouvons établir maintenant que, d'une façon générale, cette manière de voir est aussi celle du droit romain. La preuve, nous l'aurons dans un moment en examinant les obligations de faire ; si le contrat synallagmatique y avait été compris comme il vient d'être indiqué, la conséquence directe serait d'obliger le créancier à payer le prix convenu, même pour un travail qui n'aurait pas été exécuté, ce qui n'a certainement pas lieu. En est-il autrement pour la vente, et ce contrat bilatéral est-il réellement regardé comme donnant naissance à deux obligations distinctes et, une fois formées, indépendantes l'une de l'autre ? C'est le contraire qui peut être établi.

Ainsi, à Rome, tant que le prix n'est pas payé ou tout au moins offert, le vendeur peut se refuser en principe, à livrer la chose vendue. Il y a plus, la tradition opérée, et sauf convention contraire, la propriété n'est pas transmise tant que le prix reste dû. Enfin si par un bénéfice quelconque l'acheteur se trouve dégagé de l'obligation de payer son prix il ne pourra réclamer l'objet acheté. N'est-ce pas la

preuve que le vendeur n'a pas été considéré comme satisfait en obtenant une simple créance contre son cocontractant, abstraction faite des résultats positifs qu'elle peut donner[1]. — Et de son côté, l'acquéreur, tant que l'objet ne lui est pas livré, ne peut-il pas refuser de se dessaisir du prix, opposer à l'autre partie cette exception appelée par les interprètes « *exceptio non adimpletit contractus* »; et c'est si bien l'exécution matérielle, effective, sur laquelle il a le droit de compter, qu'il ne suffirait pas au vendeur, pour exiger le paiement du prix, d'offrir toute les garanties possibles, cautions et autres, pour l'exécution future de sa propre obligation : tant qu'elle n'est pas réellement exécutée, l'acheteur peut se refuser à payer[2].

En faut-il davantage pour établir que les obligations réciproques de l'acheteur et du vendeur n'ont pas été considérées, une fois formées, comme indépendantes l'une de l'autre; pour démontrer que les jurisconsultes romains se sont bien rendu compte que, dans la vente comme dans tout autre contrat synallagmatique, les contractants ont eu en vue l'exécution effective de leurs engagements respectifs, et qu'ils n'ont pas considéré leur but comme atteint le jour où ils ont eu un simple droit l'un à l'encontre de l'autre. Ils n'ont pas poussé sans doute cette idée jusqu'à ses dernières consé-

1. L. 13 § 8, *De act. empti*, D. 19, 1. — § 41, *De rer. divis.*, Inst. 2,1. — L. 50, *De rescind. vend.*, D. 19, 1.

2. G. 4 § 126[a]. — L. 25, *De act. empt.*, D. 19, 1. — *Fragm. Vat.*, § 12

quences, puisque les risques ont été mis à la charge du créancier indépendamment de toute tradition ; mais cette règle, il faut en chercher l'explication ailleurs que dans une conception erronée du contrat synallagmatique.

Cette explication, on la trouve en effet dans des raisons historiques, et aussi dans des considérations d'équité tirées du but économique de la vente.

Historiquement, en effet, il est admis qu'à l'origine la vente a consisté uniquement dans une opération au comptant, dans un échange de la main à la main d'une marchandise contre une somme d'argent ; tout était consommé immédiatement, le prix était remis au vendeur, l'objet à l'acquéreur, et la perte survenue postérieurement était forcément pour ce dernier. Plus tard, lorsque l'idée d'une opération à crédit en pareille matière est apparue, elle fut réalisée sans doute à l'aide du procédé le plus commode et le plus fréquemment employé, au moyen d'une double stipulation, l'une, au profit du vendeur, stipulant le prix, l'autre, au profit de l'acquéreur, stipulant l'objet, stipulations indépendantes en principe l'une de l'autre, et dont le résultat était de mettre les risques de la chose stipulée à la charge du créancier.

Le jour où la vente proprement dite, où le contrat consensuel est apparu et a été sanctionné par les actions *ex empto* et *ex vendito*, le système

jusqu'alors suivi relativement aux risques, s'est trouvé conservé, autant par la force de la tradition que parce qu'il répondait dans la plupart des cas à l'intention des contractants, au but qu'ils ont poursuivi dans la vente.

Dans ce contrat quel est en effet le but du vendeur, sinon de convertir un objet, une chose matérielle exposée à des causes multiples de perte ou de détérioration en une somme d'argent qui, par elle-même, n'est pas susceptible de subir les mêmes accidents ? Dès le marché conclu, il a entendu avoir, à la place de l'objet vendu, une somme déterminée ; il a cru pouvoir compter sur elle, et ce serait aller contre son intention bien arrêtée, que de faire dépendre le sort de sa créance de la perte ou de l'existence ultérieure de la chose vendue. Cette chose, il a voulu s'en débarrasser ; et, s'il est tenu de prendre néanmoins à son égard certaines mesures commandées par la bonne foi qui préside aux contrats, elle ne lui en est pas moins désormais indifférente, et il a le droit de s'en désintéresser.

Pour le créancier, sans doute, on ne peut pas dire qu'il a, de son côté, commis une faute en n'exigeant pas la livraison immédiate au moment du contrat, et qu'il ne saurait laisser ainsi à la charge d'autrui une perte qui retomberait indubitablement sur lui, s'il avait agi comme il le devait. Un terme, en effet, a pu être stipulé ; l'acheteur se trouvait bien forcé de le respecter, et le reproche à

lui adressé porterait ainsi à faux. Seulement, dès l'instant du contrat, il a su que le vendeur n'était plus maître de sa chose, qu'il n'était plus libre, en principe, d'en disposer à son gré au profit du premier acquéreur venu ; il était tenu de la conserver pour lui, pour la lui remettre lorsque le moment de la réclamer serait arrivé, et, dans ces conditions, il est légitime de lui faire supporter la perte qui pouvait survenir ; il devait s'attendre à avoir les risques à sa charge.

En un mot, ce seraient donc des raisons historiques, des considérations pratiques tirées du but économique de la vente, qui auraient conduit les Romains à faire supporter les risques par l'acquéreur dès avant la tradition, à appliquer exceptionnellement dans ce contrat la règle « *res perit creditori* ».

C. En pratique, cette règle pouvait d'ailleurs conduire à des conséquences singulières et parfois peu acceptables. Qu'une personne, par exemple, eût vendu le même objet à plusieurs acquéreurs en même temps, qu'elle l'eût même livré à l'un d'eux, l'objet ainsi vendu et livré venant à périr par cas fortuit, avant que le vendeur fût en demeure, celui-ci pouvait néanmoins exiger le prix de chacun des autres acheteurs: « *Pretium non ex re sed propter negotiationem percipitur* [1] ». — De même, la chose d'autrui ayant été

1. L. 21, *De hered. vend.*, D. 18, 4. — L. 45, *De obl. et act.*, D. 44, 7.

vendue, ce qui était possible en droit romain, et venant à disparaître par cas fortuit avant la mise en demeure du vendeur, ce dernier n'en pouvait pas moins réclamer le prix, encore qu'il n'eût rien fait pour se mettre en mesure d'exécuter son obligation, réalisant ainsi un gain certain, conséquence devant laquelle ne recule pas le droit romain.

Dans ce dernier cas, cependant, lorsque la chose d'autrui venait à périr, par suite d'un accident faisant naître au profit du propriétaire des actions tendant à recouvrer la chose ou son équivalent, le vendeur qui, n'étant pas propriétaire, ne pouvait céder ces actions à l'acheteur, encourait condamnation, se trouvant en faute de ne pouvoir transmettre les droits qui lui auraient appartenu, s'il s'était mis immédiatement en mesure de remplir son obligation [1]. Il convient de le rappeler, en effet, si le débiteur est libéré par cas fortuit, il doit au moins remettre à son créancier tout ce qui subsiste de l'objet dû, qu'il s'agisse de débris matériels ou simplement des droits et actions qui peuvent lui compéter à ce sujet ; ce principe ne saurait faire de doute, surtout lorsque, dans un contrat bilatéral comme la vente, les risques se trouvent à la charge du créancier tenu de payer le prix entier, même s'il ne reçoit pas la chose vendue.

1. L. 35, *De contr. empt.*, D. 18, 1.

2. § 3, *De empt.* Inst., 3, 23. — L. 14, *De furtis*, D. 47, 2. — L. 31, pr. et § 1, *De act. empt. et vend.*, D. 19, 1.

II. *Ancien droit.* — Dans notre ancien droit, la vente par elle-même était simplement productive d'obligations : le déplacement de la propriété s'opérait par un acte distinct, par la tradition réelle ou feinte, une simple clause de dessaisine-saisine suffisant d'ailleurs à cet égard dans certaines coutumes.

Mais, comme à Rome, avant toute tradition, les risques de la chose vendue passaient immédiatement à l'acheteur ; dès le contrat formé, la perte survenue par cas fortuit était pour lui.

Pour justifier ce système universellement admis dans notre ancien droit, Pothier partait de cette idée que la tradition n'est pas nécessaire pour la perfection de la vente ; le seul consentement des parties en présence est suffisant à cet effet, et, par suite, l'obligation de payer le prix une fois née et régulièrement formée, devait subsister nonobstant la perte de la chose due.

Sans doute, en principe, l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix tant que l'objet vendu ne lui est pas remis ; mais cela doit s'entendre seulement du cas où le vendeur est en faute de ne pas s'exécuter, et non de l'hypothèse où la perte est survenue par cas fortuit, et la raison, c'est que l'acheteur « s'oblige à payer le prix non pas à condition que le vendeur lui donne la chose, mais plutôt à condition que le vendeur s'oblige de son côté envers lui à lui faire avoir la chose ; il suffit donc que le vendeur s'y soit valablement obligé

et n'ait pas manqué à son obligation pour que l'obligation de payer le prix ait une cause et subsiste » : en d'autres termes, c'est la théorie de l'indépendance des obligations naissant d'un contrat bilatéral que l'on retrouve sous la plume de Pothier[1].

Cette théorie n'avait pas été cependant sans subir de vives attaques de la part de certains auteurs qui en avaient contesté le bien fondé au point de vue de l'équité et du droit naturel, et après avoir passé en revue les diverses raisons alléguées en faveur du système mettant les risques à la charge du créancier avant la tradition opérée, l'un d'eux concluait ainsi : « Tout cela ne nous fournit pas une raison claire et convaincante; pourquoi le vendeur, étant obligé de mettre l'acheteur en pleine possession de la chose vendue, ce dernier doit plutôt que le premier porter la perte qui survient avant que celui-ci ait effectué son engagement. Et il ne sert à rien d'alléguer ici quelques lois qui disent que quand on a promis quelque chose en espèces, on n'est point garant au cas qu'on la perde ». L'acheteur, en traitant, avait eu en vue la livraison effective de la chose vendue, ne recevant rien il ne devrait donc rien payer; et Pothier lui-même, tout partisan

1. *De la vente*, n° 307.

2. Puffendorf, avec notes de Barbeyrac, *Droit de la nature et des gens*, t. 5, ch. 5 § 3. — Cf. Grotius, *De jure pacis et belli*, lib. 2, cap. 12, § 15.

qu'il était du système opposé, du système romain, finissait par reconnaître « que la question a sa difficulté ». Toutefois, la doctrine traditionnelle n'en continua pas moins de régner en dépit des critiques qui purent lui être adressées au point de vue rationnel et même au point de vue juridique, comme l'opinion émise par Cujas en témoigne ; et, dans notre ancien droit, la question des risques dans la vente fut constamment réglée d'après la maxime « *res perit creditori* ».

III. *Code civil.* — Sous l'empire du Code civil, dans le contrat de vente, c'est également aux risques de l'acheteur que se trouve en principe la chose vendue ; c'est ce qui résulte notamment du rapprochement de l'art. 1138 d'après lequel : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée » avec l'art. 1583, aux termes duquel la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » ; disposition dont la portée est précisée par l'art. 1585, déclarant que la vente n'est pas « parfaite » tant que les risques demeurent à la charge du vendeur.

A. Dans le droit actuel quel est le fondement

de cette règle qui met ainsi les risques à la charge de l'acquéreur avant toute tradition ?

D'après l'opinion le plus généralement adoptée par la doctrine moderne, le Code civ. aurait reproduit purement et simplement la théorie romaine, théorie déjà admise dans notre ancien droit, et ce, par les raisons qui avaient déjà eu cours dans le passé et auraient conservé, encore aujourd'hui, toute leur valeur. Si l'acheteur supporte les risques, ce n'est pas parce que, devenu propriétaire dès l'instant du contrat, il doit perdre naturellement les droits réels qu'il a pu acquérir sur l'objet vendu si cet objet disparaît ; cette question de propriété est en effet chose indifférente, et tout autre est la base de la solution française.

Au point de vue juridique elle s'explique par ce fait que, dans notre droit, comme à Rome, comme dans notre ancien droit, les obligations respectives de l'acheteur et du vendeur, une fois formées, sont indépendantes ; l'une peut s'éteindre sans que l'existence de l'autre en soit affectée, principe qui ressort notamment de la disposition de l'art. 1302 du C. civ., déclarant l'obligation de donner un corps certain éteinte par la perte de la chose due survenue par cas fortuit, et laissant ainsi entendre que l'obligation corrélative qui a pu être engendrée par le contrat, subsiste néanmoins avec tous ses effets.

Au point de vue équitable elle se fonde sur cette raison que l'acheteur, profitant des chances de plus-value, doit supporter en compensation les chances de détérioration. Elle se justifie encore par cette considération que le vendeur après le contrat ne pouvait plus disposer de sa chose au profit d'un autre acquéreur, qui peut-être l'aurait acquise à des conditions plus avantageuses; il doit donc être certain d'obtenir le prix qu'il a cherché à avoir.

Nous n'avons pas à revenir sur ce prétendu principe de l'indépendance réciproque des obligations engendrées par un contrat bilatéral; c'est un principe insoutenable dans notre droit, non seulement en thèse générale étant données les règles qui dominent dans les contrats synallagmatiques donnant naissance aux obligations de faire, mais même au point de vue particulier de la vente, dès l'instant que l'on reconnaît à l'acheteur et au vendeur un droit de rétention réciproque en cas d'inexécution du contrat, et surtout la faculté plus significative encore de faire résoudre le contrat, droit qui n'existait pas à Rome, mais qui a été établi par le législateur moderne, consacrant sur ce point la pratique de notre ancien droit. (Art. 1184 C. civ.) Sous-entendre la condition résolutoire dans tous les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne tiendrait pas son engagement,

n'est-ce pas la preuve du lien étroit qui est reconnu exister entre les obligations corrélatives engendrées par ces contrats ; n'est-ce pas la condamnation absolue dans notre droit de cette théorie de l'indépendance des obligations imaginée par certains auteurs.

L'art. 1302, que l'on invoque en sens inverse, n'a rien à voir dans le débat ; il a trait uniquement à l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure, il n'a pas pour objet de trancher la question des risques telle que nous l'envisageons en ce moment.

Pour la compensation à établir entre les bonnes et les mauvaises chances, nous savons ce que vaut l'argument.

Seules les considérations tirées du but économique de la vente auraient une véritable valeur si l'on ne trouvait dans la loi elle-même l'explication de la solution qu'elle adopte, et l'indication des raisons sur lesquelles elle la fait reposer.

Or, on peut l'affirmer, dans notre droit, si les risques sont à la charge de l'acheteur ce n'est pas parce que celui-ci est créancier de la chose vendue ; ce n'est pas parce que les obligations nées du contrat sont indépendantes l'une de l'autre ; mais le motif réel c'est qu'il est devenu propriétaire de la chose objet du contrat, et que le législateur moderne a consacré un principe tout différent de celui qui a régné traditionnellement en appliquant à la vente la règle « *res perit domino* »,

On connaît en effet l'innovation introduite par les rédacteurs du C. civ. en matière de transfert de propriété : la nécessité de la tradition pour déplacer la propriété a disparu, la simple convention des parties suffit à cet égard, sans qu'il soit même besoin d'une clause quelconque de dessaisine-saisine ; par cela même, dans la vente, la propriété est transmise aussitôt l'accord intervenu sur la chose et le prix (art. 1583). Or, le législateur de 1804 a vu dans ce déplacement de propriété la raison décisive qui devait faire mettre les risques à la charge de l'acheteur dès l'instant du contrat ; c'est comme propriétaire et en tant seulement qu'il l'est devenu qu'il doit supporter la perte de ce qui lui appartient. Et la preuve de cette relation entre la transmission de la propriété et la charge des risques, elle est exprimée clairement dans l'art. 1138, d'après lequel l'obligation de livrer « rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée » ; s'il n'y a pas une relation absolue de cause à effet entre les deux événements, il y a au moins un lien très étroit nettement indiqué par le texte, l'un est la conséquence de l'autre [1], et l'argument que l'on en tire se trouve confirmé de la manière la plus formelle par les déclarations faites au cours des travaux préparatoires : « L'obligation de livrer la chose rend le créancier

1. Cf. art. 100 C. comm.

propriétaire du moment que le consentement a ormé le contrat, d'où il résulte que la chose périt pour lui », déclare Jaubert dans son rapport au Tribunat [1] ; — la même idée est exprimée par Bigot-Préameneu, d'après lequel la perte est pour le créancier « en vertu de l'adage *res perit domino* », adage sur la signification duquel il ne pouvait se méprendre, étant donné que la règle inverse avait jusqu'alors dominé [2] ; — enfin, à diverses reprises, on retrouve dans les travaux préparatoires cette même déclaration, la charge des risques est une conséquence du déplacement de la propriété, ne laissant ainsi aucun doute sur l'intention du législateur [3].

Cette intention d'ailleurs serait-elle moins certaine si l'on adoptait l'explication différente qui en a été proposée, et consistant à dire que le déplacement de la propriété au profit de l'acheteur par le seul effet de la convention est une conséquence de la mise à sa charge des risques de la chose vendue ?

Dans le projet primitif du Code, a-t-on prétendu, le principe du transfert de la propriété par la simple convention des parties n'avait pas été admis ; seulement, lors de la discussion du titre

1. Locré, t. 6, p. 194.

2. Locré, t. 6, p. 153.

3. Locré, t. 12, p. 341, 342 ; Fenet, 13, p. 320, p. 420. — Cf. Labbé, *De quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, n° 129.

de la vente, il fut décidé que les risques passeraient immédiatement à l'acheteur, conformément au principe « *res perit domino* », et ce serait par suite d'une remarque faisant ressortir la contradiction entre ces deux propositions, d'une part les risques mis à la charge de l'acheteur en vertu de la règle ci-dessus énoncée, et d'un autre côté le non-transfert de la propriété par le seul effet de la vente, que le législateur aurait été conduit à modifier et à introduire l'innovation si importante contenue dans l'art. 1138[1].

Nous ne nous arrêterons pas à discuter l'exactitude de cette proposition[2]; en la tenant pour vraie ne démontre-t-elle pas l'intention bien arrêtée du législateur de 1804 de consacrer ce principe d'après lequel dans la vente les risques de l'objet vendu seraient pour celui qui en est propriétaire? si par là il s'est trouvé amené à adopter le principe beaucoup plus général du transfert de la propriété par la seule intention des parties, le but qu'il poursuivait l'aura conduit à une innovation heureuse, mais qui n'aura fait que le confirmer dans la pensée qui l'avait guidé jusque-là comme le prouvent les indications données précédemment.

1. Huc, *Code civil*, t. 7, n° 96.

2. Disons cependant que le projet primitif dû à Cambacérès consacrait le principe du déplacement de la propriété et des risques par le seul effet de la vente. (Fenet, 1, p. 76.) — Le projet du gouvernement contenait également une disposition identique à l'article 1138. (Art. 37, Ch. 2, sect. 1, tit. 2.)

Au surplus, comment méconnaître le caractère absolument rationnel de la solution donnée par le Code civil, si, pour la justifier, on adopte le point de vue qui vient d'être proposé ?

Le prix dû par l'acheteur, que représente-t-il en effet, sinon une valeur en argent destinée à remplacer dans le patrimoine du vendeur la valeur de la chose vendue ; or, par l'effet de la vente, l'objet vendu n'est-il pas sorti du patrimoine du vendeur pour entrer dans celui de l'acquéreur devenu propriétaire ; celui-ci, par le contrat, n'a-t-il pas obtenu non pas une créance, un simple *jus ad rem*, mais le droit de propriété lui-même ? Ne peut-on pas soutenir avec raison qu'il a ainsi atteint le but qu'il se proposait, qu'il doit par conséquent légitimement le prix convenu, lequel viendra remplacer dans le patrimoine du vendeur une valeur qui en est réellement sortie ?

Rejette-t-on au contraire cette manière de voir ? Beaucoup plus difficile devient alors la justification de la décision du Code civil faisant supporter les risques à l'acheteur aussitôt le contrat intervenu. Dans le prix dû malgré la perte de la chose vendue il faut voir, non plus l'équivalent de la transmission de propriété opérée en faveur de l'acheteur, mais une « créance d'indemnité » existant au profit du vendeur, créance résultant de ce fait qu'il a renoncé à se démettre de sa chose en faveur d'un autre acquéreur qui en

eût peut-être pris livraison et versé le prix immédiatement : c'est l'équité qui dicte alors la décision du Code, ce n'est pas la logique rigoureuse des principes[1]. Que cette façon d'envisager les choses ne soit pas dénuée d'un certain caractère juridique, nous n'en disconvenons pas ; mais est-elle exacte, ceci paraît beaucoup plus douteux, et le raisonnement prêté à l'acquéreur et au vendeur est probablement fort loin de leur pensée au moment où ils contractent ; et pour les conséquences que l'on prétend en tirer, rien ne démontre qu'elles soient préférables à celles auxquelles conduit le point de vue opposé.

**B.** L'intérêt pratique, de la discussion se présentera notamment dans l'hypothèse, fort rare en fait, où les parties contractantes seraient expressément convenues, au moment de la vente, de ne pas transmettre immédiatement la propriété à l'acquéret de la laisser reposer encore pendant un délai déterminé sur la tête de l'aliénateur. Il se présentera encore dans le cas d'une promesse synallagmatique de vente faite sous un certain délai, (je promets de vendre tel objet dans deux ans, et vous promettez de l'acheter dans deux ans) du moins dans l'opinion des auteurs qui admettent, à tort sans doute, mais qui admettent qu'en pareil cas il ne s'agit pas d'un simple terme apporté à

1. Huc, *De la nature du prix de vente.* (Rev. crit., 1880, p. 367.)

l'exécution du contrat, mais que la propriété même n'est pas transmise [1].

Dans la doctrine qui refuse de rattacher le déplacement des risques au déplacement de la propriété elle-même, l'acheteur, dans les cas cités, étant devenu créancier de l'objet vendu, la perte, les détériorations qui pourront survenir par cas fortuit seront à sa charge; il continuera à devoir son prix, ou plutôt « une indemnité » justifiée par l'obligation où s'est trouvé le vendeur de conserver la chose vendue pour la lui remettre à l'expiration du délai fixé pour la transmission de propriété.

Pour l'autre système au contraire, jusqu'au moment où la propriété passera à l'acheteur, les risques en seront pour le vendeur, exposé par conséquent, selon les cas, ou bien à perdre le prix convenu, ou à subir une diminution; et, dans la circonstance, il est difficile de ne pas reconnaître que cette décision est conforme à l'intention probable des parties en présence.

Quel sens faut-il en effet attribuer à cette convention par laquelle elles retardent le transfert de la propriété, en admettant, bien entendu, qu'il n'apparaisse pas clairement que, dans leur intention, il s'agissait d'un délai ordinaire, retardant simplement l'exécution du contrat. Quel but peuvent-elles avoir poursuivi en s'écartant ainsi des

1. Colmet de Santerre, *De la vente*, n° 10 *bis*, III.

règles ordinaires de la vente, sinon celui-ci? L'acheteur, pour une raison ou pour une autre, n'a pas voulu assumer immédiatement les risques de la chose vendue, il n'a entendu les prendre à sa charge qu'à partir d'un moment déterminé, en les laissant jusque-là au compte du vendeur, et celui-ci a accepté cette loi du contrat.

La vente ne deviendra donc parfaite qu'au jour fixé par les parties; il y aura à rechercher à ce moment si elle a encore un objet, et dans quel état il se trouve, absolument comme dans l'hypothèse où une promesse unilatérale de vendre ou d'acheter étant faite, le consentement de l'autre contractant intervient par la suite.

La doctrine qui fait dépendre la charge des risques de la transmission même de la propriété, conduit-elle à des conséquences moins acceptables, dans l'hypothèse déjà signalée à propos du droit romain, où le même individu aurait vendu plusieurs fois le même objet à des acquéreurs différents? lui permet-elle de réclamer plusieurs fois le prix pour la même chose, en admettant qu'un fait comme la tradition, s'il s'agit de meubles, la transcription s'il s'agit d'immeubles, n'ait pas déterminé expressément auquel des contractants la propriété a été réellement transmise ?

Pour le système qui voit dans la dette du prix survivant à la perte de l'objet vendu « une

dette d'indemnité », cet inconvénient de faire obtenir au vendeur plusieurs fois le prix pour le même objet, se trouve écarté à l'aide d'un raisonnement ingénieux.

Que le vendeur ait tout d'abord le droit de toucher le prix, c'est ce qui ne saurait faire de doute : ne s'est-il pas obligé en effet à conserver la chose vendue pour le compte des acquéreurs, et, à ce titre, n'a-t-il pas droit à une indemnité ? Il y a plus, en s'engageant, de bonne foi peut-être, à faire obtenir le même objet à plusieurs individus, ne s'est-il pas exposé, dans le cas où la chose n'aurait pas péri par cas fortuit, à encourir une condamnation à des dommages-intérêts ? Le contrat intervenu eût certainement fait naître ce droit d'obtenir des dommages-intérêts au profit de chacun des acquéreurs vis-à-vis desquels l'engagement pris par le vendeur n'eût pas été tenu ; n'est-il pas juste que ce dernier puisse, de son côté, se prévaloir de l'acte intervenu et réclamer le prix à l'un quelconque de ses acheteurs, sans que celui-ci puisse lui opposer les autres ventes consenties.

Mais cette réclamation, pourra-t-il l'adresser tour à tour à tous ceux qui ont traité avec lui, et obtenir plusieurs fois le prix de l'objet vendu ? La négative est certaine ; car le vendeur n'ayant qu'une « créance d'indemnité » n'a plus rien à réclamer dès qu'il est indemnisé ; il ne saurait réaliser un bénéfice en raison des ventes diverses consenties par lui ; le prix une fois payé par l'un quelconque

des acheteurs, par celui auquel il lui plaira de s'adresser, les autres seront entièrement dégagés [1].

Ce raisonnement, s'il est ingénieux, ne laisse pas cependant de prêter le flanc à certaines critiques. Si le droit du vendeur au prix convenu est un droit à une indemnité, s'il est, dans une certaine mesure, la compensation de la situation où il s'était placé d'encourir une condamnation à des dommages-intérêts pour le cas où, la chose n'ayant pas péri, il se serait trouvé, par sa faute, dans l'impossibilité de remplir son engagement vis-à-vis de tous ses cocontractants à l'exception d'un seul, n'est-on pas amené logiquement à soutenir qu'il devrait avoir le droit d'exiger, en cas de perte, le prix convenu de chacun des acheteurs, le gain ainsi réalisé étant la compensation du préjudice qu'il s'était exposé à subir ; l'équité que l'on invoque en sens contraire ne militerait-elle pas plutôt en faveur du vendeur, et l'idée d'indemnité mise en avant ne viendrait-elle pas à l'appui de ses prétentions ?

Admettons au contraire que les risques sont pour l'acheteur parce qu'il est devenu propriétaire, la difficulté ne se résout-elle pas plus simplement.

S'agit-il d'une vente de meubles et la tradition a-t-elle été opérée ? ou bien d'une vente d'immeubles et la transcription a-t-elle eu lieu ?

1. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, nos 110 et s.

L'acheteur est devenu propriétaire non seulement vis-à-vis du vendeur, mais vis-à-vis des tiers, des autres acquéreurs qui ont pu traiter en vue du même objet, la propriété lui a été transmise *erga omnes,* les risques seront pour lui.

N'y a-t-il eu au contraire ni tradition ni transcription dans les rapports entre vendeur et acheteurs ? La propriété a passé à celui de ces derniers dont le contrat est le premier en date ; rigoureusement, on doit même dire que le vendeur, en consentant une autre vente, a vendu la chose d'autrui ; ce sera donc sur le premier acquéreur que devront retomber lesrisques de la chose vendue, car elle est entrée en principe dans son patrimoine. Et si nous supposons, comme on l'a fait, plusieurs ventes simultanées sans qu'il soit possible d'établir un ordre de priorité entre elles, il faut bien reconnaître au vendeur le droit de réclamer le paiement du prix à l'un quelconque de ses acquéreurs, saut à ce dernier à démontrer, conformément aux principes ordinaires en matière de preuve, qu'une vente antérieure avait eu lieu ; mais en tout cas le prix, une fois payé, ne pourra être réclamé à nouveau : il remplace dans le patrimoine du vendeur la valeur qui en est sortie, et rien de plus. Le paiement effectué montre d'ailleurs auquel des contractants la propriété avait été effectivement transmise, et l'on évite ainsi très logiquement de faire obtenir au même individu plusieurs fois le

prix d'un seul et même objet : sur ce point également le système qui rattache le déplacement des risques au transfert de la propriété, arrive donc à une solution satisfaisante.

En résumé, en mettant les risques à la charge de l'acheteur aussitôt le contrat conclu, le Code civil s'est placé à un point de vue tout différent de celui adopté à Rome et dans notre ancien droit, et par suite les solutions données par lui reposant sur une autre base, ne comportent ni les mêmes justifications ni les mêmes critiques.

Il est du reste assez intéressant de voir des législations modernes qui ont conservé le principe romain en ce qui concerne le déplacement de la propriété, et qui distinguent entre le contrat simplement créateur d'obligations, et la tradition nécessaire pour transférer la propriété, abandonner au contraire le système romain relativement aux risques, et mettre ceux-ci à la charge de l'acheteur, non pas dès qu'il est devenu créancier de l'objet vendu, mais seulement lorsqu'il en est devenu propriétaire par l'acte spécial à ce destiné ; il en est ainsi notamment dans la plupart des législations germaniques [1], et ce système, selon toute apparence, sera conservé par le futur Code civil allemand, actuellement en préparation ; quelles que soient les différences qui les séparent

1. Code prussien, T. 5 § 331. — Code autrichien, § 1048-1071. — Code civ. de Berne, art. 808.

de la nôtre, ces législations se rencontrent avec elle sur ce point : les risques de la chose vendue doivent être pour le propriétaire.

### II. — Vente de choses de genre.

Dans les dettes de choses de genre, le débiteur, avons-nous dit précédemment, peut se trouver libéré par cas fortuit dans deux circonstances bien distinctes : tantôt, et ce sera le cas le plus rare, le genre entier dans lequel devaient être prises les choses dues, aura péri ou sera mis hors du commerce de manière à rendre impossible l'exécution de l'obligation ; d'autres fois, le débiteur aura régulièrement individualisé, spécifié les objets qu'il destine à l'acquittement de sa dette, il aura transformé celle-ci en une dette de corps certain, et il se trouvera libéré conformément aux règles admises en pareil cas.

Lorsqu'il s'agit d'obligations unilatérales, cette distinction au point de vue des résultats est indifférente ; dans les contrats synallagmatiques, au contraire, comme la vente, elle présente bien son intérêt au point de vue des risques, c'est-à-dire au point de vue de l'obligation incombant à l'acheteur de payer son prix nonobstant l'inexécution du contrat. On peut poser ce principe, en effet : l'obligation de l'acquéreur, dans les ventes de choses de genre, survivra à la perte survenue par cas fortuit, uniquement lorsque l'objet vendu

aura été individualisé, lorsque son droit de créance ou de propriété aura pu se fixer sur un objet nettement déterminé; il en sera différemment si l'objet de la vente demeure indéterminé, si le vendeur ne réussit pas à spécifier ce qu'il entend donner pour faire face à son engagement; le créancier ne sera pas tenu de verser son prix en échange du droit vague, incertain, qu'il a eu, comme nous allons le vérifier en examinant différentes hypothèses de ventes de choses de genre, ventes en bloc, au compte, au poids ou à la mesure.

**A.** Supposons d'abord une vente en bloc. Une certaine quantité de choses fongibles, de marchandises, bien déterminée, le tas de blé contenu dans tel grenier, tout le vin renfermé dans tel cellier, a été vendu pour un prix unique, fixé pour le tout. En pareil cas, on se trouve certainement en présence d'une vente portant sur un corps certain, la masse vendue a été envisagée comme formant un tout, la désignation qui en est faite la distingue nettement des autres choses du même genre, il y a bien là une vente ayant pour objet une « *species certa* »; les risques en seront donc pour l'acheteur devenu créancier d'une chose déterminée, si l'on raisonne comme à Rome et dans notre ancien droit[1], devenu

1. L. 35 § 5, l. 62 § 2, *De contr. empt.* D. 18, 1. — L. 2, *De peric. et comm. rei vend.*, C. 4, 48. — Pothier, *De la vente*, n° 308.

propriétaire d'un corps certain si l'on adopte le point de vue consacré par le Code civil. (Arg. art. 1586.) Ajoutons que cette règle s'appliquerait sans difficulté dans le cas où l'ensemble désigné des marchandises n'aurait pas été vendu en totalité, mais où une quote-part seulement, la moitié, un quart, aurait fait l'objet du marché; les risques seraient dans la même proportion pour l'acheteur devenu copropriétaire avec son vendeur.

La solution serait encore la même si, dans la vente ainsi consentie en bloc, la contenance ou la quantité vendue avait été indiquée accessoirement et même avec garantie, sans que cette contenance et cette quantité fussent prises toutefois en considération unique pour déterminer le prix établi pour l'ensemble sauf rectification ultérieure. La perte survenue avant la vérification opérée serait pour l'acheteur, sauf à ce dernier à établir l'insuffisance de la quantité garantie; c'était la solution du droit romain et de notre ancien droit[1], rien ne fait obstacle à ce qu'elle soit adoptée dans le droit actuel; en l'absence de toute disposition à cet égard, elle n'est que l'application du principe qui vient d'être posé en ce qui concerne les ventes en bloc.

**B**. La vente porte encore sur un ensemble déterminé de choses fongibles, sur tout ce qui

1. Arg. : l. 13, § 14, *De act. empt.* D. 19, 1. — L. 69, § 6, *De eviction.* D. 21, 2. — Pothier, *op. cit.*, n° 308.

est contenu dans tel magasin, dans tel réservoir ; mais au lieu d'un prix établi pour l'ensemble, le prix est fixé à raison de tant par mesure ou par unité de poids ; il ne pourra donc être déterminé qu'après pesage ou mesurage : l'acheteur devra-t-il encore son prix si les marchandises périssent avant d'être pesées ou mesurées.

En droit romain, la négative triomphait et, pour la justifier, les raisons invoquées étaient les suivantes : dans l'espèce, la vente était supposée faite sous cette condition, si le pesage, si le mesurage ont lieu ; la condition n'étant pas remplie, la vente était tenue pour non avenue ; de plus, jusqu'au moment du pesage, le « *quid, quale quantumque sit* » de l'objet vendu n'apparaît pas, le prix lui-même est indéterminé et il ne peut plus être établi après la perte totale ; après la perte partielle, il le sera seulement pour chaque quantité pesée ou mesurée et au fur et à mesure qu'elle se trouvera ainsi individualisée [1].

Dans notre ancien droit, la même doctrine était enseignée par Pothier, d'après lequel le prix était dû seulement pour chaque mesure comptée, pour chaque millier pesé, et au fur et à mesure qu'une certaine quantité de la chose vendue se trouvait déterminée par le pesage ou le mesurage [2].

1. L. 35, § 5, *De contr. empt.*, D. 18, 1. — L. 1, § 1, *De peric. et comm. rei rend.*, D. 18, 6. — L. 21, *De peric. et comm.*, C. 4, 48.

2. *De la vente*, n° 308. — Cf. DOMAT, Lois civiles : *De la vente*, 2, 1, n° 7.

Ces précédents historiques ne laissent pas de jeter un certain doute sur le système suivi par le législateur moderne.

A ne suivre que les principes juridiques les plus simples, comment devrait se résoudre la question ? La vente porte sur un ensemble déterminé, elle est faite en bloc, elle équivaut par conséquent à la vente d'un corps certain, la propriété est donc transmise immédiatement à l'acheteur, celui-ci peut se prévaloir de son droit à l'encontre de tous, les risques doivent donc être à sa charge.

Il reste une difficulté, il est vrai ; le montant total du prix n'est pas encore connu, et si les choses vendues viennent à périr, comment parvenir à le déterminer ? Mais, cette difficulté est-elle suffisante pour écarter la solution à laquelle on est logiquement conduit en ce qui concerne les risques, et les principes généraux en matière de preuve ne permettent-ils pas de la trancher aisément : ce sera au vendeur à établir la créance à laquelle il prétend avoir droit, à lui de prouver quelle quantité a été vendue, quel prix lui est dû par conséquent. Cette preuve sera difficile à faire sans doute, mais encore est-il qu'il vaut mieux permettre au vendeur de la faire que de mettre immédiatement toute la perte à sa charge.

Cette solution est-elle celle suivie par le Code civil ?

La négative n'est pas douteuse si on veut voir dans l'art. 1585 la réponse à la question soulevée. D'après ce texte en effet : « Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ». Or, a-t-on dit, quel est le cas prévu par cette disposition, sinon celui où un ensemble déterminé de choses fongibles a été vendu, mais non pas pour un prix déterminé une fois pour toutes, mais à fixer selon la quantité vendue ? Nous disons bien un ensemble déterminé de choses fongibles, de marchandises, la preuve de cette détermination elle résulte des termes mêmes de la loi : « Lorsque *des* marchandises n'ont pas été vendues... » ; il s'agit donc de marchandises spécialement désignées et non pas à prendre dans un ensemble illimité. Le prix n'ayant pas été fixé en bloc, les risques demeurent pour le vendeur jusqu'au pesage ou au mesurage d'après l'art. 1585 ; la propriété a cependant été transmise à l'acheteur, mais sous cette condition que le pesage ou le mesurage serait effectué ; la condition ne se réalisant pas, il n'a pas entendu assumer la charge des risques.

L'interprétation ainsi donnée à l'art. 1585 est, croyons-nous, erronée, et, dans l'espèce qui nous occupe, ce n'est pas à ce texte qu'il y a lieu de faire appel, mais à l'art. 1586 aux termes duquel :

« Si des marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées ». Y a-t-il vente en bloc lorsque toutes les marchandises situées dans un magasin déterminé sont vendues à la fois ? Le contraire n'est pas soutenable. Le prix seul n'est pas fixé en bloc, à forfait, lorsqu'il est déterminé à raison de tant par unité de poids ou de mesure, mais cela ne modifie en rien le caractère de la vente ; l'ensemble vendu n'en a pas moins été envisagé comme un corps certain ; la propriété en a donc été transmise immédiatement à l'acheteur. L'article 1586 est formel sur ce point, la vente est parfaite quoique le mesurage ou le pesage n'aient pas été opérés ; il est donc inexact de soutenir que ces opérations constituent une condition mise à la perfection du contrat : celui-ci a été parfait dès le principe, et étant donné l'intention certaine du législateur de rattacher dans l'hypothèse qui nous occupe la charge des risques au transfert de la propriété [1], il n'est pas douteux que ceux-ci doivent être à la charge de l'acheteur [2].

On a voulu restreindre, il est vrai, la portée de l'art. 1586 au cas d'une vente en bloc faite pour un prix déterminé, mais avec garantie des quantités déclarées dans la vente; déjà, nous l'avons vu dans notre ancien droit, les risques en pareille

1. Fenet, 14, p. 21, 22.
2. Cf. Guillouard, *De la vente*, n° 30.

circonstance étaient pour l'acheteur, avant la vérification opérée ; l'art. 1586 n'aurait pas d'autre but que de consacrer le même principe. Mais rien ne prouve l'exactitude d'une telle proposition ; la portée du texte est générale, il ne distingue pas selon que le prix est fixé à forfait ou à raison de tant par mesure, il ne fait aucune allusion à une obligation de garantie quelconque : il ne faut donc pas le détourner de son sens naturel pour adopter d'ailleurs une solution des moins rationnelles.

Quant à l'article 1585 sur lequel se fonde le système que nous combattons, il prévoit une hypothèse toute différente à l'examen de laquelle nous arrivons.

C. Une certaine quantité de marchandises a été vendue à prendre à même une masse plus considérable ; tant de mesures à prendre à même le blé renfermé dans tel magasin, à même le vin contenu dans tel cellier ; avant le mesurage effectué de la masse, le genre limité dans lequel devaient être pris les objets vendus vient à périr : pour qui sera la perte ?

La solution donnée dans l'hypothèse précédente par le droit romain et notre ancien droit, fait pressentir leur décision dans le cas présent. Si les risques ne sont pas à la charge de l'acheteur lorsqu'une vente est faite en bloc sauf à déterminer le prix d'après la quantité vendue,

*a fortiori* en sera-t-il de même lorsque la vente portera non plus sur un ensemble déterminé, mais sur un certain nombre de mesures à prendre dans une masse donnée, et il est difficile d'ailleurs de ne pas reconnaître en l'espèce le bien fondé de cette doctrine. Il est exact de soutenir en effet que la vente a été consentie sous la condition d'un mesurage venant individualiser les objets vendus et les distinguer de ceux avec lesquels ils sont confondus ; il est juste de prétendre que jusque-là le « *quid*, *quale*, *quantumque sit* » de l'objet vendu n'apparaît pas, et que la vente n'est pas, par conséquent, « *perfecta* ». Mais ce serait donner une mauvaise raison que d'ajouter que l'on ignore, jusqu'au mesurage, si la quantité vendue se trouvera ou non dans la masse désignée ; un pareil motif, s'il était vrai, conduirait à cette conséquence que le vendeur aurait droit au prix s'il prouvait l'existence de la quantité vendue dans le genre limité où elle devait être prise, ce qui n'a jamais été admis ni à Rome ni dans notre ancien droit [1].

Cette doctrine traditionnelle a passé dans le Code civ. avec l'art. 1585 : « Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite en ce sens que les choses vendues

1. L. 35, § 7, *De contr. empt.*, D. 18, 1. — Pothier, *De la vente*, n° 308.

sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient payées, comptées ou mesurées ».

L'acheteur n'a qu'un simple droit de créance, il n'est pas propriétaire d'objets indéterminés, il ne doit donc pas en supporter les risques, et sur ce point la disposition formelle du texte se justifie fort bien.

Une restriction a été proposée cependant. Lorsque la masse, lorsque le genre limité à même lequel devaient ainsi être prises les choses vendues, vient à périr en entier, le prix convenu doit être en pareil cas, a-t-on dit, payé par l'acheteur ; et à l'appui de cette idée à laquelle résiste pourtant d'une manière absolue l'art. 1585, des raisons juridiques d'une exactitude plus que douteuse ont été mises en avant.

En fait, déclare-t-on, si dans les obligations portant sur des choses de genre les risques sont toujours à la charge du débiteur, c'est pour cet unique motif que les genres ne périssant pas, son obligation ne peut se trouver éteinte par la perte de la chose due. Mais le genre est-il limité, comme dans l'espèce proposée ? sa disparition se conçoit alors plus facilement, le débiteur sera donc libéré, et par suite la règle qui met les risques à sa charge ne trouvera plus à s'appliquer [1].

Raisonner ainsi c'est confondre deux choses bien distinctes, l'effet libératoire du cas fortuit et

1. Colmet de Santerre, *De la vente*, n° 7 *bis*, IV.

de la force majeure, et la question des risques dans les contrats synallagmatiques. Certes, dans un contrat bilatéral, l'une des parties peut se trouver dégagée de son obligation par suite d'un cas fortuit en rendant l'exécution impossible, s'ensuit-il pour cela que l'autre contractant soit désormais tenu de la sienne ? Nous avons vu qu'en thèse générale c'est le contraire qui est vrai, dans les obligations de donner comme dans les autres, or c'est précisément l'opinion inverse que l'on adopte dans l'espèce, *a priori*, sans discussion, et par suite d'une confusion véritable entre deux ordres d'idées fort différents.

Au point de vue équitable, la distinction proposée trouverait-elle au moins sa justification ?

Il peut paraître dur, au premier abord, de faire retomber sur le vendeur toute la perte survenue, alors que, parmi l'ensemble des objets détruits, se trouvaient ceux destinés à l'acquittement de sa dette ; mais c'est une conséquence forcée de l'indétermination de l'objet de la vente qui fait supporter par le vendeur la perte partielle comme la perte totale.

D'ailleurs, la solution contraire ne serait-elle pas inacceptable lorsque la vente aurait pour objet des choses à prendre dans un genre limité, des marchandises de telle provenance déterminée, mais n'appartenant pas au vendeur. Si ce genre limité vient à périr en entier, ce qui est possible, ne serait-il pas inique de donner au vendeur libéré

de son obligation le droit de réclamer le prix convenu, alors qu'il n'a peut-être rien fait pour se mettre en mesure de satisfaire à son engagement, et ne subit en réalité aucune perte. C'est à cette conséquence pourtant qu'aboutit le système combattu, et le même résultat se retrouverait dans la dernière hypothèse qui nous reste à examiner, celle d'une vente de choses de genre à prendre parmi un genre illimité, dont la disparition ne se conçoit pas en principe, mais peut cependant se produire.

**D.** Nous ne répéterons pas, à propos des ventes de cette espèce portant sur des choses de genre illimité, ce qu'il est d'usage de dire en pareil cas, c'est-à-dire que les risques sont à la charge du débiteur, parce que les genres ne périssent point. Il est bien certain, en effet, que l'extinction de son obligation se conçoit difficilement, et, en thèse générale, il ne sera pas libéré par cas fortuit tant qu'il n'aura pas spécifié, désigné régulièrement les objets destinés à l'acquittement de sa dette ; mais ce n'est pas là le point de vue qui nous occupe. Il s'agit de savoir si l'acheteur sera tenu néanmoins de payer son prix, dans le cas improbable, mais non impossible, où le genre entier viendrait à périr ou à être mis hors du commerce, avant que le pesage ou le mesurage aient individualisé les quantités vendues. Sur ce point, la négative nous paraît certaine. Le vendeur ne

s'est peut-être jamais mis en peine d'exécuter son obligation ; il serait inadmissible de lui verser le prix qui constituerait pour lui un bénéfice net ; en tout cas, l'acheteur n'a jamais été propriétaire à aucun moment des choses vendues, mais non déterminées, il ne doit donc pas en supporter les risques dans le sens où nous l'entendons en ce moment, et l'article 1585 confirme certainement cette manière de voir.

### III. — Vente alternative

La vente alternative dont nous entendons nous occuper ici, est celle qui porte sur l'une ou l'autre de plusieurs choses individuellement déterminées, envisagées chacune comme un corps certain, et dont une seule doit devenir la propriété de l'acquéreur : dans un but de simplification nous laissons de côté le cas où la vente alternative porterait sur des choses de genre, les principes, en ce qui la concerne, étant d'ailleurs les mêmes en tant qu'ils tiennent uniquement au caractère alternatif du contrat, et devant suffisamment se dégager de l'examen qui va suivre.

Dans l'hypothèse indiquée sur qui vont retomber les risques ? Et bien entendu il ne s'agit pas en ce moment de revenir sur les indications données à propos de la libération du débiteur dans l'obligation alternative par suite de la perte de la chose due ; il est bien évident que dans tous les

cas où le débiteur ne se trouve pas libéré par suite du cas fortuit, les risques sont pour lui ; mais en admettant que cette libération ait eu lieu, il s'agit de rechercher maintenant si l'acheteur est tenu de payer le prix convenu.

**A.** Aucune difficulté ne saurait s'élever à ce sujet lorsque la perte survient après l'exercice régulier du choix soit par le débiteur, soit par le créancier ; les règles relatives à la vente portant sur un seul objet certain et déterminé sont alors applicables, le prix devra être payé par l'acheteur devenu propriétaire.

**B.** Mais que décider si le choix n'a pas encore été exercé ? L'acheteur devra-t-il son prix si tous les objets compris dans l'alternative viennent à périr par cas fortuit ?

A Rome l'affirmative était admise : des deux choses vendues sous alternative, nous dit Paul, l'une au moins est aux risques de l'acheteur, et si toutes les deux sont détruites il devra néanmoins payer le prix convenu [1].

Il n'en était pas autrement dans notre ancien droit : des deux objets compris dans l'alternative l'un était certainement aux risques du vendeur en ce sens que celui-ci n'était pas libéré de son

1. L. 34, § 6, *De contrah. empt.* D. 18, 1.

obligation par la perte survenue, mais l'autre était aux risques de l'acheteur, et tous les deux venant à périr, il paraissait juste que celui qui avait été créancier de deux choses, subît au moins la perte de l'une d'elles [1].

Sous l'empire du Code civil, la même unanimité ne se rencontre pas dans les solutions proposées.

Tout d'abord il convient d'écarter du débat l'art. 1195, aux termes duquel : « Si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte conformément à l'art. 1302 ». Ce texte a trait à la question de libération du débiteur ; il n'a pas pour but de régler la question des risques dans les contrats synallagmatiques sous l'aspect où nous l'examinons, et c'est à tort que l'on invoquerait cette disposition pour soutenir qu'elle oblige, dans la vente alternative, l'acheteur à payer le prix promis ; elle est aussi étrangère à cette difficulté que l'art. 1302 lui-même l'est à la question de savoir si, dans la vente ordinaire, les risques sont pour l'acheteur.

C'est donc ailleurs qu'il faut chercher les éléments d'une solution.

En général, dans l'opinion de ceux qui refusent de rattacher le déplacement des risques au

1. Pothier, *De la vente*, n° 247.

transfert de la propriété, on s'accorde à reconnaître que les risques seront pour l'acheteur ; celui-ci n'était-il pas créancier des objets compris dans l'alternative ? le vendeur n'était-il pas tenu de les conserver jusqu'au moment où le choix serait exercé ? C'est donc à juste titre que le prix en sera dû.

La solution sera-t-elle différente si on fait dépendre la question des risques de la question de propriété ?

Oui, a-t-on dit, parce que dans la vente alternative la propriété n'a pas été transférée immédiatement à l'acheteur. Sans doute, en principe, le simple effet de la convention suffit pour déplacer la propriété, mais encore faut-il que l'objet de l'obligation soit déterminé, individualisé ; s'il en est autrement, la règle de l'art. 1138 ne trouve plus à s'appliquer. Or, dans la vente alternative, l'objet de l'obligation est-il déterminé tant que le choix n'a pas été exercé ? On sait bien sans doute que des deux objets un seul sera donné, mais lequel ? jusqu'à ce qu'il ait été désigné, l'objet vendu est incertain ; la propriété en demeure donc au vendeur et partant, à ses risques ; et à l'appui de cette manière de voir on peut citer les paroles de l'orateur du gouvernement lors des travaux préparatoires : « Lorsque l'une ou l'autre de deux choses a été promise, il y a incertitude sur celle des choses qui sera délivrée au créancier, et de cette incertitude il résulte qu'au-

cune propriété n'est transmise au créancier que par le payement de l'une des choses : jusqu'alors cette propriété reste sur la tête et conséquemment aux risques du débiteur [1]. »

A notre sens, il est inexact de soutenir que dans la vente alternative la propriété n'est pas transmise à l'acheteur, lorsque le contrat porte, comme dans le cas présent, sur deux ou plusieurs objets individuellement désignés.

Pour qu'il y ait déplacement de la propriété, que faut-il aux termes de l'art. 1138 ; que les parties consentent, l'une à donner sa chose, l'autre à l'acquérir. Dans l'obligation alternative, ne trouve-t-on pas ce double consentement, et pourquoi faudrait-il écarter l'application du principe formulé par l'art. 1138. Est-ce parce que la vente porte sur plusieurs objets dont un seul doit en définitive appartenir à l'acheteur ? Mais s'il est permis d'acquérir la propriété sous une modalité telle que la condition suspensive par exemple, pourquoi ne serait-on pas propriétaire également sous cette modalité qui s'appelle l'alternative ?

Quant à l'opinion formulée par Bigot-Préameneu dans les travaux préparatoires, il importe de ne pas en exagérer la portée. Le but de l'orateur du gouvernement était, dans la circonstance, d'établir que le débiteur d'une obligation alternative n'est pas libéré par la perte d'un seul des

1. Exposé des motifs par Bigot-Préameneu (Locré, 12, p. 341.)

objets dus ; mais au lieu de baser cette décision sur ce fait que l'obligation peut encore être exécutée, il l'a appuyée, d'une manière erronée, sur cette idée que la propriété n'était pas transférée, alors qu'elle l'était en réalité sous une alternative : l'argument ne porte donc pas.

Dans ces conditions, il n'y a donc pas de contradiction à imposer à l'acheteur l'obligation de payer son prix en qualité de propriétaire, à mettre les risques à sa charge.

Une objection a été faite cependant : si l'acheteur devient propriétaire des objets compris dans l'alternative, il ne le devient du moins pour chacun d'eux que sous une condition suspensive, sous cette condition, si le choix se porte sur tel ou tel objet. Or, en principe, dans la vente sous condition suspensive les risques demeurent à la charge du vendeur jusqu'au moment où la condition se réalise ; ne doit-il pas en être de même dans l'obligation alternative, et jusqu'à ce que le choix soit exercé, les risques ne doivent-ils pas rester au compte du débiteur[1] ?

L'objection porterait si cette assimilation entre une obligation sous condition suspensive et une obligation alternative était fondée ; or, il n'en est pas ainsi.

Pour qu'il y ait condition suspensive, que faut-il en effet ? que l'existence même de la

1. Mourlon, *Répét. écrites sur le C. civ.*, t. 2, n° 633.

vente soit subordonnée à l'arrivée d'un événement futur et incertain : est-ce que l'existence d'une vente alternative est subordonnée à un événement incertain ? Jusqu'au choix, jusqu'au paiement on ignore, il est vrai, lequel des objets compris individuellement dans l'alternative demeurera définitivement à l'acquéreur ; mais l'incertitude porte non pas sur l'existence même de la vente, mais sur la manière dont elle sera exécutée. L'alternative est donc bien distincte de la condition suspensive ; on ne saurait raisonner par analogie de l'une à l'autre, et les risques dans la vente alternative doivent donc être à la charge de l'acheteur, en ce sens du moins qu'il doit payer son prix si le débiteur se trouve libéré par cas fortuit, conformément d'ailleurs au système traditionnel.

### IV. — Vente d'un immeuble hypothéqué.

Les principes qui viennent d'être établis relativement à la question des risques lorsqu'on se trouve en présence soit d'une simple promesse unilatérale d'achat, soit d'une vente pure et simple, trouvent leur application dans le cas particulier de la vente d'un immeuble hypothéqué, sur lequel nous croyons devoir donner ici quelques explications.

Si l'acquéreur de cet immeuble offre de désintéresser tous les créanciers inscrits, aucune

difficulté ne peut s'élever : il est propriétaire du jour du contrat, rien ne menace son droit, les risques sont donc certainement pour lui, et son prix reste dû malgré la perte totale ou partielle de l'immeuble qui pourrait survenir.

La solution ne variera pas si un créancier hypothécaire non payé fait saisir l'immeuble et en poursuit la vente sur l'acquéreur, sur le tiers détenteur : la saisie n'a pas pour effet de déplacer la propriété, l'adjudication seule aura ce résultat ; jusque-là les risques demeurent donc pour l'acquéreur [1].

Le délaissement opéré sur la poursuite du créancier ne modifiera pas davantage la situation : le délaissement n'a trait en effet qu'à la possession, à la détention de l'immeuble, et non à la propriété qui demeure à l'acquéreur jusqu'à l'adjudication prononcée au profit d'un tiers ; c'est ce qui résulte notamment de l'article 2173 permettant au tiers détenteur de reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais, tant que l'immeuble n'a pas été adjugé. Pour délaisser il faut avoir, il est vrai, la capacité d'aliéner (art. 2172) ; mais si la loi émet cette exigence, c'est parce qu'elle envisage le résultat final du délaissement et non parce qu'elle y voit une abdication véritable du droit de propriété.

1. Il est hors de doute que la saisie immobilière, pas plus que toute autre saisie, ne transfère la propriété des objets saisis au créancier saisissant.

En tout cas cette faculté de délaisser accordée au tiers détenteur ne saurait être un moyen pour lui de se soustraire à ses engagements ; il devrait donc son prix si l'immeuble disparaissant totalement il n'y avait plus lieu de procéder à une adjudication ; il le devrait encore si l'immeuble étant détérioré les créanciers renonçaient à une poursuite inutile et donnaient mainlevée des hypothèques inscrites à leur profit.

La réquisition de mise aux enchères sur l'offre faite par l'acquéreur qui veut purger et acquitter les créances hypothécaires jusqu'à concurrence d'un prix déterminé, déplace-t-elle les risques ? La question peut se poser dans des termes autres que précédemment, puisque par cette réquisition le créancier surenchérisseur s'engage à faire porter le prix à un dixième en plus du chiffre offert par l'acquéreur. Dans ce cas les risques de l'immeuble demeurent néanmoins à la charge de l'acheteur. Le surenchérisseur ne devient pas en effet propriétaire par le seul fait de sa surenchère ; il promet simplement d'acheter l'immeuble pour un prix déterminé et à une condition, c'est qu'il ne se présentera pas de plus fort enchérisseur. Or, cette promesse d'achat, nous l'avons indiqué, ne met pas les risques à la charge de celui qui la fait ; ils demeurent au compte de l'acquéreur qui reste propriétaire jusqu'au moment de l'adjudication si celle-ci

n'est pas prononcée à son profit; c'est à ce moment que son droit de propriété sera résolu, si l'on admet le système de la Cour de cassation sur les effets de l'adjudication prononcée au profit d'un tiers, qu'il passera à autrui, si l'on suit l'opinion la plus généralement admise par la doctrine ; c'est à ce moment aussi qu'il cessera de supporter les risques de l'immeuble vendu. Et la conséquence de ce système s'aperçoit aisément : si l'immeuble périssait totalement, le surenchérisseur serait dégagé de sa surenchère, il ne pourrait être contraint à tenir une promesse qui n'a plus d'objet. Il y a plus, si l'immeuble périssait en partie, s'il subissait des détériorations graves, il y aurait lieu de permettre au surenchérisseur de se faire dégager de sa surenchère ; il a offert sans doute un prix déterminé, mais c'est en prenant en considération l'immeuble dans l'état où il se trouvait au moment où la promesse d'achat a été faite, et sans entendre prendre à son compte les dégradations matérielles qui peuvent l'atteindre jusqu'au moment de l'adjudication.

Ajoutons encore que les mêmes principes s'appliqueraient, par identité de motifs, dans l'hypothèse d'une surenchère du sixième portée conformément à l'article 708 du Code de proc. civ. ; le surenchérisseur ne devient pas *ipso facto* propriétaire ; il consent seulement à le devenir

si l'adjudication définitive est prononcée à son profit; jusque-là, les risques dans le sens où nous entendons ce terme ne sauraient être à sa charge.

## § 2.

### *Vente conditionnelle.*

D'une façon générale, par condition, il faut entendre un événement futur et incertain à la réalisation duquel est subordonnée soit la formation, soit l'extinction d'un rapport de droit : il y a condition suspensive dans le premier cas, condition résolutoire dans le second.

Au point de vue des risques, l'existence de ces modalités dans la vente présente une réelle importance.

#### I. — Vente sous condition suspensive.

Précisons d'abord le but et l'effet de la condition suspensive : on peut les résumer ainsi :

En principe, tant que cette condition ne s'est pas réalisée, l'acte qui en est affecté demeure en suspens, son existence est incertaine ; ce ne sont pas simplement les effets du contrat que les parties ont entendu subordonner à la réalisation du fait mis *in conditione,* c'est l'existence même de l'acte intervenu. En lui-même, cet acte renferme tous les éléments,

satisfait à toutes les conditions exigées par la loi pour sa validité ; mais pour pouvoir parvenir à sa réalisation concrète, il lui reste un obstacle à vaincre, l'arrivée de la condition ; de cet événement dépendra son efficacité réelle, jusque-là il était en voie de devenir, à partir de ce moment seulement il arrive définitivement à la vie juridique ; désormais il y a quelque chose de dû, tandis que « *pendente conditione nihil interim debetur* » il y a simplement « *spes debitum iri* » [1].

Appliqué au contrat de vente, cet effet de la condition suspensive conduit à admettre cette conséquence : la vente ne sera définitivement formée que lors de la réalisation de la condition ; c'est à ce moment seulement qu'elle pourra être tenue pour « parfaite » et cette constatation importe dans la question des risques.

A. Cette question, elle est facilement réglée si la condition vient à défaillir ; l'événement auquel est subordonnée la formation même du contrat ne se réalisant pas, il n'y a plus de vente, et c'est naturellement sur le vendeur que retombe toute la perte puisqu'il n'est pas en quelque sorte intervenu de convention entre lui et l'acheteur, ou du moins que cette convention doit être traitée comme si elle n'existait pas.

1. L. 13, § 5, *De pign. et hyp.*, D. 20, 1.

**B.** La condition se réalise-t-elle au contraire ? c'est alors que les difficultés commencent.

*a).* Supposons d'abord qu'avant l'arrivée de la condition la chose vendue a totalement péri : en raison, et abstraction faite de toute décision positive, sur qui doit retomber la perte ? — La réponse n'est pas douteuse, c'est sur le vendeur.

N'est-ce pas en effet au moment où la condition se réalise que le contrat se forme définitivement ; n'est-ce pas à cet instant que les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur vont avoir une existence certaine ? Et si la chose a péri comment le contrat pourrait-il se former ; l'hypothèse n'est-elle pas identique à celle dans laquelle les parties auraient traité après la perte de l'objet à propos duquel leur accord intervient ? Si dans ce dernier cas le contrat ne se forme pas faute d'objet, il doit en être de même dans celui que nous examinons ; l'obligation définitive du vendeur ne peut prendre naissance puisque lors de la réalisation de la condition il n'y a plus d'objet vendu, par conséquent l'obligation corrélative de l'acheteur ne se formera pas davantage : conclusion : les risques sont pour le vendeur.

On peut objecter, il est vrai, la rétroactivité de la condition. En vertu de cette fiction, le contrat n'est-il pas réputé avoir été pur et simple dès le principe, et ses effets ne sont-ils pas réglés en conséquence ? et, par exemple exige-t-on au

moment où la condition se réalise, un nouveau consentement des parties contractantes ; est-il nécessaire qu'elles soient encore présentes, capables de vouloir, pour que le contrat se forme, puisque tel est l'effet de l'arrivée de la condition ? et si le consentement donné primitivement suffit, pourquoi se montrerait-on plus exigeant pour cet autre élément du contrat, pour l'objet de la vente ; ne doit-il pas suffire qu'il ait existé au moment où la convention est intervenue, pour que celle-ci produise rétroactivement son effet ; n'est-ce pas à cet instant, et à cet instant seul, qu'il faut se placer pour examiner si elle répond aux conditions exigées par la loi pour sa validité ? et qu'importe alors ce qui pourra survenir plus tard, si dès le début elle a été régulièrement formée [1].

L'objection a certes sa valeur, et elle serait même décisive si la rétroactivité de la condition n'était pas une fiction destinée simplement à procurer au contrat une exécution plus complète, à faire tomber certains actes qui empêcheraient le débiteur de remplir efficacement son obligation, fiction dont la portée par conséquent, loin d'être absolue, peut et doit être renfermée dans de justes limites.

Que cet effet rétroactif soit invoqué notamment pour donner effet à la convention nonobstant

1. Laurent, *Droit civil*, t. 17, n° 96.

le décès ou l'incapacité postérieure de l'un des contractants, rien de mieux, et c'est assurément répondre à l'intention des parties, au moment où elles ont contracté, que de ne pas exiger d'elles plus tard un nouveau consentement.

En serait-il de même si l'on prétendait appliquer la même idée de rétroactivité dans la question des risques, et peut-on soutenir avec quelque apparence de raison que l'acquéreur ait entendu avoir à sa charge les risques d'une chose sur laquelle il n'avait qu'un droit de créance éventuel, subordonné à l'arrivée douteuse d'un événement incertain; est-il admissible de supposer qu'il ait accepté d'être obligé de payer son prix quoi qu'il arrive, du moment que la condition se réaliserait? N'est-il pas plus probable qu'il n'a entendu être définitivement tenu de payer qu'autant que l'obligation du vendeur envers lui serait devenue également définitive; faire intervenir la fiction de la rétroactivité en pareil cas, ne serait-ce pas alors aller à l'encontre du but qu'elle est destinée à atteindre, et loin d'assurer l'exécution sincère du contrat intervenu, méconnaître formellement l'intention des parties en présence?

Ce sont d'ailleurs ces considérations qui, au point de vue positif, ont dicté traditionnellement la solution lorsqu'une chose due sous condition suspensive périt en totalité avant l'arrivée de la condition.

A Rome [1], dans notre ancien droit [2], la perte est certainement pour le vendeur ; le contrat est considéré comme ne pouvant se former faute d'objet, le dommage est à répartir comme s'il n'y avait pas eu de convention ; et le même principe a passé dans le Code civil malgré la fiction de la rétroactivité écrite dans l'art. 1179.

D'après l'art. 1182 en effet : « Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition ». Et à l'appui de cette disposition, dont il n'y a plus à présenter la justification, les rédacteurs du Code firent valoir, lors des travaux préparatoires, cette considération que, dans le cas d'une obligation de donner faite sous condition suspensive la propriété n'a pas été transmise à l'acquéreur [3] ; la décision de l'art. 1182 est donc bien conforme au principe adopté par eux en matière de risques : ceux-ci sont pour le propriétaire, et l'obligation qui pèse cependant sur le vendeur sous condition suspensive de conserver la chose vendue pour la remettre le cas échéant à l'acheteur est de nul poids dans la circonstance.

*b)*. Au lieu d'une perte totale de l'objet vendu

1. L. 8 pr., *De peric. et comm. rei vend.*, D. 18, 6.
2. Pothier, *De la vente*, n° 311.
3. Locré, 12, p. 341.

sous condition suspensive, supposons une perte partielle : le préjudice va-t-il retomber également sur le vendeur ?

Les motifs de décider précédemment exposés, conduiraient logiquement à se prononcer dans le même sens : c'est à l'arrivée de la condition seulement que le contrat est définitivement formé, il y aurait donc lieu d'appliquer les règles habituelles lorsque à l'insu des parties l'objet a été détérioré avant la formation même d'un contrat pur et simple, et selon les solutions adoptées, l'acquéreur devrait avoir le droit soit de faire résoudre le contrat, soit d'obtenir une diminution de prix proportionnelle à l'importance des détériorations survenues.

Tel n'a pas été cependant le système suivi, dans le passé, à Rome et dans notre ancien droit.

Tandis que la perte totale était pour le vendeur sous condition suspensive, la perte partielle était au contraire pour l'acheteur, tenu de payer le prix entier malgré le préjudice éprouvé. Le fondement d'une pareille doctrine était le suivant : lorsque la chose vendue existe encore, même détériorée, au moment où la condition se réalise, le contrat trouve encore un objet sur lequel il peut porter ; il ne manque donc pas, comme dans l'hypothèse d'une perte totale, d'un des éléments nécessaires à son existence ; il peut se former régulièrement, et dès lors, en vertu de l'effet

rétroactif de la condition accomplie, cette formation est reportée au moment même où la convention primitive est intervenue, et la situation doit doit être réglée, comme si la vente, dès le principe, avait été pure et simple ; les risques sont donc pour l'acheteur [1].

Cette manière de raisonner ne saurait être acceptée : si on écarte, et à juste titre, la fiction de la rétroactivité lorsque la perte est totale, pourquoi l'admettre lorsque la perte est partielle ? Ou bien, en effet, cette fiction a une portée absolue, et alors elle doit s'appliquer dans tous les cas sans distinction ; ou bien elle n'est qu'un expédient pratique, destiné à corriger dans une certaine mesure les conséquences du principe d'après lequel le contrat sous condition suspensive se forme seulement à l'arrivée de la condition, et alors il n'y a pas plus de motifs pour faire supporter à l'acquéreur le préjudice provenant de la perte totale que celui causé par la perte partielle ; n'ayant jamais eu qu'un droit incertain, les risques de la chose vendue ne doivent pas être à sa charge : il ne doit être obligé que dans la mesure où le vendeur lui-même l'a été définitivement envers lui.

Une raison d'équité a cependant été mise en avant : faire supporter tous les risques, les simples détériorations comme la perte totale, par le ven-

1. L. 18, pr., *De periculo et commdo rei vend.*, D. 18, 6. — Frag. Vat., 16. — Pothier, *De la vente*, n° 311 ; *Des obligations*, n° 219.

deur, c'est, a-t-on dit, laisser à ce dernier toutes les mauvaises chances sans lui permettre de profiter des bonnes. Si l'objet vendu a augmenté de valeur avant l'événement de la condition, cette plus-value est pour l'acquéreur dont le prix ne se trouve pas accru : pourquoi celui-ci ne subirait-il pas, comme compensation, les diminutions qui peuvent survenir ? — Nous n'avons pas à revenir sur ce qui a été dit à propos de cette idée d'une compensation entre les bonnes et les mauvaises chances. Nous ne nous occupons pas en effet ici des dépréciations qui peuvent atteindre l'objet vendu par suite d'un changement dans la situation économique du moment; ces dépréciations, l'acheteur sous condition en pâtit au même titre qu'il profite de la plus-value provenant des mêmes causes. Mais, pour les détériorations matérielles affectant la chose vendue *in corpore*, et ce d'une manière permanente, il n'y a plus de balance à établir entre les bonnes et les mauvaises chances : autant celles-ci sont nombreuses, autant les autres sont rares, puisque le seul exemple non contestable que l'on puisse donner d'une amélioration matérielle de la chose vendue est le cas de l'alluvion; on peut donc le déclarer sans hésiter, l'argument invoqué porte à faux.

Aussi le Code civil a-t-il, avec raison, rompu sur ce point avec la tradition : « La décision de la loi romaine, fut-il déclaré à ce propos dans les travaux préparatoires, ne s'accorde pas avec le

principe d'après lequel, dans le cas de condition suspensive, il n'y a pas de transport de propriété; ce doit être aux risques du débiteur, encore propriétaire, que la chose diminue ou se détériore par la même raison que ce serait à ses risques qu'elle périrait[1] »; et cette doctrine a trouvé son expression dans l'art. 1182, qui, répudiant la distinction romaine, met les risques de la chose vendue sous condition suspensive à la charge du vendeur sans distinguer entre la perte partielle ou totale.

Le législateur a toutefois réglementé avec soin l'application du principe qu'il posait, et si les risques sont pour le vendeur, celui-ci ne se trouve pas pour cela à la discrétion de l'acheteur. En présence d'une détérioration, ce dernier a en effet un double droit : ou bien faire résoudre le contrat, ce qui arrivera certainement si la perte est quelque peu importante, ou bien prendre la chose dans l'état où elle se trouve, mais sans réduction de prix; c'est ce qui résulte de l'art. 1182-2° : « Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix », disposition qui, tout en sauvegardant le droit de l'acheteur, en lui accordant la faculté de faire résoudre le contrat, protège les intérêts du vendeur, en le mettant à

1. Locré, 12, p. 341.

l'abri d'une réduction de prix peut-être arbitraire. Ajoutons d'ailleurs que le droit de résolution appartenant à l'acheteur est absolu, il pourrait l'exercer même pour une détérioration légère, la loi n'ayant fixé aucune limite à ce sujet.

**C.** Les principes qui viennent d'être exposés touchant l'effet de la condition suspensive indiquent quelle doit être la solution dans l'hypothèse particulière d'une vente de choses futures. Une vente de cette nature, sauf convention contraire, est toujours supposée faite sous cette condition que les choses vendues viendront à exister; si cette condition ne se réalise pas la vente n'a pas d'objet et le prix ne saurait être dû. Si les objets vendus prennent naissance au contraire les risques en passeront à l'acheteur d'une manière différente selon les cas : tantôt, lorsque la chose future sur laquelle porte la vente aura été déterminée de telle manière qu'elle ne puisse être confondue avec aucune autre, l'acheteur en devenant propriétaire immédiatement en supportera la perte ; d'autres fois, et ce sera le cas le plus fréquent, il sera nécessaire que l'objet destiné à acquitter la dette soit spécifié d'une manière régulière, comme dans les hypothèses d'une vente de choses de genre ; jusque là les risques seront pour le vendeur. Nous indiquons le principe, nous n'avons pas à en suivre les applications.

II. — De la vente sous condition résolutoire.

Dans le contrat fait sous condition résolutoire, l'acte juridique que les parties ont entendu créer est formé immédiatement, les obligations qui en dérivent régulièrement naissent aussitôt, le contrat a une existence actuelle, certaine; seule sa résolution est en suspens, incertaine, elle dépend de l'arrivée de l'événement mis *in conditione*.

C'est en partant de ce principe que les jurisconsultes romains voyaient dans la vente faite sous condition résolutoire une double convention, l'une pure et simple destinée à créer immédiatement les rapports de droit que le contrat est destiné à produire, l'autre conditionnelle, ayant pour but de résilier éventuellement les mêmes rapports: la vente, sous condition résolutoire, s'analysait en « *pura emptio quæ sub conditione resolvitur* »[1].

La terminologie romaine mise à part, la condition résolutoire n'est pas comprise dans notre droit autrement qu'à Rome; la vente affectée de cette modalité s'analyse de la même manière, une vente pure et simple résoluble sous condition: au point de vue des risques, quelles en sont les conséquences ?

A. Si la condition vient à défaillir, il n'y a pas

1. L. 2 pr., *De in diem addict.*, D. 18, 2.

de difficulté : la vente a été pure et simple dès le début, rien n'en affecte l'existence par la suite, les risques sont donc pour l'acheteur conformément aux principes ordinaires en pareil cas. En droit romain, dans notre ancien droit, la chose vendue périra pour l'acheteur qui en est devenu créancier ; dans notre droit, la perte sera également pour l'acquéreur auquel la propriété a été transmise dès l'instant du contrat, et dont le droit est désormais à l'abri de toute menace par suite de la défaillance de la condition : c'est un point sur lequel aucune contestation ne s'est jamais élevée.

**B**. Tout autre est la question si la condition se réalise, et vive est la controverse sur le point de savoir à la charge duquel, acheteur ou vendeur, doivent retomber les risques de la chose vendue, controverse qui ne se poursuit pas moins au point de vue théorique qu'au point de vue positif, étant donné l'incertitude ou l'insuffisance des textes à cet égard.

Dans ce débat la solution la plus juste et à laquelle il convient de se rallier est, à notre sens, la suivante : en principe, dans la vente sous condition résolutoire, les risques doivent être à la charge du vendeur lorsque la condition vient à se réaliser, et cela sans distinguer si la perte de l'objet vendu est totale ou partielle.

*a)*. En général, cette décision est acceptée

lorsqu'il s'agit de la perte partielle, et les raisons qui entraînent la majorité de la doctrine en ce sens sont les suivantes : Puisque l'objet du contrat existe au moment où la condition se réalise, rien ne s'oppose à ce que la condition produise son effet normal ; elle trouve une convention à résoudre, l'obligation de l'acheteur de restituer la chose vendue peut naître, et par suite l'obligation corrélative du vendeur de rendre le prix reçu prend naissance également ; les parties vont donc se trouver remises dans la situation où elles seraient si le contrat n'était pas intervenu ; le vendeur reprendra sa chose dans l'état où elle se trouve et où elle se trouverait selon toute apparence si la vente n'avait pas eu lieu ; quant à l'acheteur il recouvrera son prix qui demeurerait sans cause entre les mains du vendeur Et cette solution, facile à établir sur le terrain juridique, est, de plus, conforme à l'intention probable des parties en présence. En traitant, l'acheteur a prévu tel événement qui, s'il se réalisait, l'obligerait à avoir la disposition de son prix : n'est-il pas juste de lui permettre de le réclamer en entier ; le fait qu'une partie de l'objet a péri n'est-il pas chose indifférente à ce point de vue dès l'instant que le contrat est résolu ; et si l'on suppose la condition introduite surtout par la volonté du vendeur, comment refuser à l'acquéreur de se prévaloir, le cas échéant, d'une modalité dont il doit supporter d'un autre côté les inconvénients?

Ce système d'après lequel la perte partielle est pour le vendeur sous condition résolutoire, paraît bien avoir été celui du droit romain; c'est du moins ce que l'on peut conclure par analogie de la décision donnée dans l'espèce prévue par la l. 4, § 2, *De in diem addict.*:[1] deux esclaves ont été vendus pour le prix de vingt sous d'or, avec cette condition que la vente sera résolue si un tiers offre un prix supérieur; l'un des esclaves étant mort, un acquéreur pourra bien se présenter et réclamer celui qui reste, mais en offrant un prix supérieur à vingt sous d'or; il n'y aura pas lieu à une ventilation et il ne pourra offrir simplement plus de dix, ce qui devrait être possible si la perte demeurait pour l'acheteur; il n'y a eu qu'une seule vente en effet, les objets vendus ont été envisagés comme formant un tout, la perte partielle n'empêchera pas la résolution de la vente, mais celle-ci sera du moins, le cas échéant, complètement résolue.

Le Code civil, imitant sur ce point le silence observé par Pothier, n'a pas expressément prévu la question des risques dans les obligations de donner bilatérales contractées sous condition résolutoire. Toutefois, l'art. 1183 est généralement interprété en ce sens qu'il fait supporter dans la vente la perte partielle par le vendeur: « La condition résolutoire, déclare-t-il, est celle qui, lors-

1. D. 18, 2.

qu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé..., elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive ». Or, en cas de perte partielle, rien n'empêche l'application régulière de cette disposition; la révocation du contrat peut s'opérer, les choses peuvent être remises au même état que si la vente n'avait pas existé ; il suffit pour l'acheteur de restituer l'objet reçu, et pour le vendeur de rendre le prix.

Des dissentiments se sont produits cependant sur ce point, et on a prétendu appliquer dans l'espèce la solution écrite dans l'art. 1182 et donner au vendeur le droit soit de reprendre la chose en rendant le prix entier, soit de se refuser à recevoir l'objet détérioré en gardant la somme reçue, ce qui revient à mettre les risques à la charge de l'acheteur.

La raison juridique mise en avant ce serait une certaine corrélation existant entre la condition résolutoire et la condition suspensive. A toute condition résolutoire correspondrait en effet une condition suspensive inverse, et par exemple, dans l'hypothèse examinée, si l'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire de l'objet vendu, il en est aussi débiteur sous condition suspensive, le vendeur en étant créancier sous la même modalité; or, en vertu des principes qui

régissent l'effet de la condition suspensive, le créancier a le droit ou de recevoir la chose convenue sans diminution de prix, ou de la refuser en ne payant rien; et ce sont ces règles qui trouveraient leur application dans la vente sous condition résolutoire, au profit du vendeur créancier, sous condition suspensive, de la chose vendue.

Cet argument de la corrélation existant entre la condition résolutoire et la condition suspensive fût-il rigoureusement exact, ne saurait prévaloir contre les dispositions de l'art. 1183 réglant expressément les effets de la condition résolutoire, laquelle « remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé..... »; mais nous allons en apprécier la valeur exacte à propos de la dernière hypothèse qui nous reste à examiner, celle dans laquelle la chose vendue a totalement péri avant l'arrivée de la condition.

*b)* Si la doctrine la plus généralement admise fait supporter par le vendeur sous condition résolutoire la perte partielle survenue par cas fortuit, c'est en revanche le système inverse qui réunit le plus de suffrages lorsque la perte est totale, et celle-ci, dans l'opinion la plus répandue, doit être pour l'acquéreur.

Les raisons de principe invoquées en ce sens sont les suivantes:

D'abord, lorsque la perte est totale, il ne peut plus être question de faire jouer la condition

résolutoire et de lui faire produire ses effets ordinaires. Que pourrait en effet dans la circonstance restituer l'acheteur? absolument rien; et par suite comment le vendeur pourrait-il être tenu de rendre le prix reçu; son obligation à cet égard ne peut prendre naissance qu'à une condition, c'est qu'on lui remette ce qu'il a vendu; autrement il garde légitimement le prix perçu et il ne peut être question de résolution du contrat, cette résolution n'ayant plus d'objet et opérant en quelque sorte dans le vide.

D'un autre côté, entre la condition résolutoire et la condition suspensive il existe, comme nous venons de l'indiquer, une relation certaine : à toute condition résolutoire correspond une condition suspensive contraire; or si la perte partielle a été mise parfois à la charge du créancier sous condition suspensive, jamais il n'a été question de lui faire supporter la perte totale, toujours elle est demeurée au compte du débiteur; comment en serait-il autrement dans l'hypothèse dont nous nous occupons, et pourquoi l'acheteur, débiteur sous condition suspensive, ne supporterait-il pas le risque de la perte totale de la chose due.

Ces raisons, abstraction faite des dispositions positives qui peuvent les consacrer, sont loin d'être satisfaisantes.

Il est, en premier lieu, inexact de soutenir qu'il ne saurait être question de résolution du contrat

lorsque la chose vendue a péri totalement. Le contrat ne subsiste-t-il pas en effet, n'est-ce pas en vertu de cet acte que le prix peut être réclamé par le vendeur s'il n'a pas été versé, ou ne demeure pas sans cause entre les mains de ce dernier s'il lui a déjà été remis? la condition peut donc jouer, elle trouve un contrat à résoudre, elle n'opère pas dans le vide comme on l'a soutenu. Quant à prétendre que le vendeur ne doit pas restituer son prix parce que l'acheteur ne peut lui remettre la chose vendue, c'est résoudre la question par la question, puisqu'il s'agit précisément de savoir si en pareil cas les risques sont pour l'acheteur [1].

Pour la relation existant entre la condition résolutoire et la condition suspensive, si elle existe réellement, encore ne faudrait-il pas cependant en exagérer la portée et en dénaturer le sens. Lorsque la résolution de la vente se produit, il n'y a pas en effet une revente ; un contrat nouveau ne se forme pas entre le vendeur et l'acquéreur primitifs ; celui-ci ne se trouve pas dans la situation d'un vendeur vis-à-vis celui dont il avait d'abord acquis la propriété ; c'est le contrat originaire qui disparaît purement et simplement, et la situation doit se régler comme si les parties n'avaient pas traité ensemble. L'hypothèse diffère donc sensiblement du cas où les

1. Bufnoir, *De la condition*

contractants auraient traité sous une condition suspensive; si dans ce dernier cas, il est nécessaire que la chose existe au moment où la condition se réalise et où le contrat se forme, la même nécessité ne se rencontre pas dans l'autre, et il n'y a pas à appliquer la même solution.

Et ces objections de principe ainsi écartées, si l'on se réfère à l'intention des parties en présence, cette intention n'est-elle pas la même qu'il s'agisse d'une perte partielle ou totale; comment justifier une différence entre les deux cas. — L'acheteur a entendu rentrer en possession du prix par lui fourni, si tel événement se réalisait; il a voulu être replacé dans la situation où il se trouverait s'il n'avait pas traité; qu'importe l'accident qui a fait périr l'objet vendu en tout ou en partie; il n'empêche pas de restituer le prix perçu. Que la condition ait été introduite sur la demande de l'une ou l'autre partie, c'est là une chose indifférente ; l'acheteur a été en droit de compter sur la restitution du prix si tel événement se réalisait; peut-être même a-t-il traité avec d'autres en vue de cette restitution éventuelle et passé un marché conditionnel dans lequel l'événement même qui doit résoudre le premier contrat sera pris en considération et rendra la nouvelle convention définitive : comment lui refuser de se prévaloir de la condition réalisée, sans tromper son attente légitime?

Reste à rechercher quelle est, au point de vue positif, la solution consacrée par les textes. Nous pouvons le dire dès maintenant, elle n'est pas toujours conforme aux idées qui viennent d'être exposées.

Ainsi, dans le droit romain, et encore que ce point ait été vivement contesté, la perte totale paraît bien avoir été pour le compte de l'acheteur sous condition résolutoire.

Deux textes surtout peuvent être interprétés en ce sens: en premier lieu la loi 2, § 1 *de in diem addict.* [1] qui, prévoyant une vente faite avec une clause d'*in diem addictio*, c'est-à-dire sous cette condition que le contrat sera résolu si, dans un délai donné, un prix plus avantageux est offert au vendeur, déclare que la perte survenue sera pour le compte de l'acheteur; en second lieu la loi 20, § 1 *de præscript. verbis* [2] aux termes de laquelle un « *pactum displicentiæ* » étant adjoint à la vente, l'acquéreur ne pourra s'en prévaloir et déclarer renoncer au contrat si les objets vendus ont péri. Dans ces deux cas on se trouve en présence d'une condition résolutoire, et dans les deux la perte totale est à la charge de l'acheteur: la question n'est-elle pas par cela même tranchée?

Elle le serait si les espèces mêmes prévues par

1. D., 18, 2.
2. D. 19, 5.

ces textes n'avaient permis d'en contester la portée et même de les invoquer également en faveur de l'opinion contraire.

La dernière des dispositions qui viennent d'être citées, a-t-on dit en effet [1], ne prouve absolument rien. Dans le cas prévu par elle il s'agit d'un *pactum displicentiæ* dont l'acheteur n'est pas admis à se prévaloir après la perte de la chose vendue; mais la raison n'en est-elle pas toute spéciale? Lorsqu'une perte totale est ainsi survenue, les choses ne sont plus entières, l'acquéreur ne peut désormais se prononcer en toute sincérité; d'après le pacte adjoint à la vente il avait le droit de se dédire si l'objet acheté ne lui plaisait pas, mais ce droit encore devait-il l'exercer de bonne foi, en prenant en considération les qualités et les défauts réels de la chose vendue qui la rendent plus ou moins apte à remplir le but proposé; or, dans la circonstance, cette condition ne peut plus être remplie, et pour cela l'acheteur n'est plus admis à se prévaloir du pacte.

Par un raisonnement analogue on prétend écarter la loi 2, § 1, *de in diem addict.* Dans ce texte, en effet, il est question d'*in diem addictio*, de la clause par laquelle le vendeur se réserve le droit de résoudre le contrat si des offres plus avantageuses viennent à lui être faites. Or, il est clair que cette condition ne se réalisera pas du moment

1. Buenoir, *De la condition.*

qu'un accident est survenu à la chose vendue; on ne se représente pas un tiers venant offrir un prix plus considérable d'une chose qui n'existe plus, et c'est la raison pour laquelle les risques sont déclarés être à la charge de l'acheteur, comme cela résulte d'ailleurs de la suite du texte. C'est pour cela aussi que le texte en question ne fait aucune distinction entre la perte totale et la perte partielle, car si celle-ci est, en principe, pour le compte du vendeur, dans l'espèce elle demeurera à la charge de l'acheteur pour les raisons ci-dessus indiquées

De la disposition signalée il n'y a donc aucun argument sérieux à tirer en faveur de l'opinion qui fait retomber sur le vendeur le risque de la perte totale; mais il y a plus, elle fournit un appui au système opposé: Si, dans le cas d'*in diem addictio* et pour les motifs particuliers qui viennent d'être énoncés, les risques demeurent à la charge de l'acheteur, ne doit-on pas conclure qu'il en sera différemment dans les autres hypothèses où une condition résolutoire peut exister, lorsque les mêmes raisons de décider ne se rencontreront pas ; c'est un argument *a contrario,* sans doute, mais il a bien sa valeur.

Et cette manière de voir n'est-elle pas d'ailleurs confirmée par la l. 2 *de lege commissoria*[1] aux termes de laquelle le pacte commissoire joint à

1. D. 18, 3.

la vente est fait dans l'intérêt exclusif du vendeur, celui-ci, en cas de non-paiement du prix, étant libre ou de réclamer la résolution du contrat, ou d'en poursuivre l'exécution ; cette disposition n'est-elle pas inspirée surtout par cette considération qu'en permettant à l'acheteur d'obtenir lui-même, dans la circonstance, la résolution de la vente, on lui donnerait le moyen de faire retomber tous les risques sur le vendeur, inconvénient auquel on obvie en accordant à ce dernier seul le droit de se prévaloir du pacte commissoire ; mais autrement, les deux parties pourraient donc également invoquer la condition résolutoire ; et par suite la perte totale comme la perte partielle serait pour le vendeur.

Malgré ces diverses raisons, le premier système, celui qui fait supporter la perte totale à l'acheteur sous condition résolutoire, nous paraît bien être celui du droit romain.

Il n'y a pas à s'arrêter en effet à l'argument que l'on prétend tirer de la l. 2 *de lege commissoria*. Ce texte n'a qu'un but, déterminer si l'acheteur et le vendeur pourront l'un et l'autre se prévaloir du pacte commissoire intervenu pour le cas de non-paiement du prix, et c'est fort légitimement qu'il interprète la clause en question en ce sens que le vendeur seul, qui a droit au prix, aura droit également à la résolution du contrat, cette résolution étant une garantie convenue en sa faveur ; cette considération est donc absolument étrangère à

la question qui nous occupe et ce n'est pas elle qui dicte la décision de la loi romaine sur le point de savoir si la condition résolutoire peut jouer en cas de perte totale de la chose vendue.

En revanche on peut souscrire aux critiques adressées à la l. 2 § 1 *de in diem addict.* et reconnaître qu'elle ne prouve nullement qu'en principe l'acheteur soit tenu de la perte totale lorsque la vente est contractée sous condition résolutoire ; l'impossibilité pour un tiers d'offrir raisonnablement de meilleures conditions explique suffisamment cette disposition sans qu'on puisse lui donner une autre portée.

Mais aussi, on ne saurait écarter l'argument tiré de la l. 20, § 1, *de præscriptis verbis,* laquelle fait nettement la distinction entre la vente sous condition résolutoire et la vente sous condition suspensive, et met dans le premier cas la perte totale à la charge de l'acheteur. On objecte que la solution est spéciale, que l'acquéreur ne peut plus se prévaloir du *pactum displicentiæ,* parce que les choses ne sont plus entières ; mais si l'objection était fondée elle s'appliquerait également au cas où la perte est partielle ; les choses n'étant plus entières, l'acquéreur ne devrait plus pouvoir se dédire, et cependant on s'accorde à reconnaître qu'il en est différemment, que la résolution de la vente peut s'opérer ; n'est-ce pas la preuve du peu de fondement de l'objection proposée, et cette conclusion ne s'impose-t-elle pas : à Rome lorsque

la chose vendue sous condition résolutoire avait totalement péri, la perte était pour l'acquéreur.

Dans notre ancien droit la même doctrine était professée par Pothier : celui-ci, dans l'hypothèse d'une vente à l'essai, déclarait que l'acheteur ne pouvait revenir sur le contrat lorsque l'objet avait totalement péri; il était trop tard pour soutenir que la chose ne lui convenait plus; et pour motiver cette solution il s'appuyait sur ce principe que la vente sous condition résolutoire étant parfaite dès le principe, les risques étaient à la charge de l'acheteur [1].

C'est la solution inverse, beaucoup plus rationnelle comme nous croyons l'avoir démontré, qui doit, à notre sens, triompher sous l'empire du Code civil.

D'après l'art. 1183 en effet, la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, « remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». Si le contrat de vente n'avait pas eu lieu, le vendeur eût perdu sa chose et l'acheteur eût gardé son prix ; c'est ce résultat qu'il faut obtenir lorsque la condition se réalise ; la perte de l'objet vendu, qu'elle soit ou totale ou partielle, doit donc être également pour le vendeur tenu dans l'un et l'autre cas de restituer le prix reçu. Quant à l'objection tirée de la corrélation existant entre la

1. *De la vente*, n° 206.

condition résolutoire et la condition suspensive, nous y avons déjà répondu : elle n'est pas suffisante pour faire écarter les dispositions formelles et précises régissant les effets de la condition résolutoire, et conduire ainsi à l'application inexacte de principes écrits en vue d'une hypothèse distincte et demandant à être réglée d'une manière différente : d'où cette conclusion : si la condition résolutoire se réalise, tous les risques de la chose vendue auront été pour le vendeur.

§ 3.

*Ventes de choses qu'il est dans l'usage de goûter ; ventes à l'essai.*

Les principes précédemment dégagés en matière de ventes conditionnelles trouvent leur application dans quelques espèces particulières où les clauses insérées sont l'équivalent tantôt d'une condition suspensive, tantôt d'une condition résolutoire : telles par exemple, les ventes de choses qu'il est dans l'usage de goûter, ou encore les ventes à l'essai. Un rapide examen va permettre de s'en convaincre.

**A**. Des denrées déterminées, envisagées comme corps certains, ont été vendues, mais sous réserve de n'être acceptées qu'après dégustation ; avant que cette acceptation soit intervenue, elles périssent ou sont détériorées par cas fortuit : pour le compte de qui sera la perte ?

Les Romains, se référant plus spécialement à l'hypothèse d'une vente de vin, résolvaient la difficulté par une distinction fort rationnelle.

S'agissait-il de l'aigreur ou de la décomposition du vin survenant avant la dégustation et l'acceptation ? la perte était pour le vendeur [1]. L'acheteur en effet, en faisant insérer la clause de dégustation a clairement manifesté son intention de n'acheter qu'une marchandise présentant certaines qualités qu'il se réserve d'apprécier ; si elles ne se rencontrent pas au moment de la dégustation, si la marchandise ne répond pas aux conditions exigées, il n'achètera pas ; le contrat ne se formera pas définitivement et le prix ne sera pas dû. Mais pour les autres risques, pour les causes de perte autres que l'aigreur ou la décomposition du vin, le texte précité les met à la charge de l'acheteur créancier d'un objet déterminé ; la portée de la clause de dégustation est en effet restreinte aux qualités particulières exigées par l'acheteur, pour les autres accidents il en supporte les conséquences comme dans la vente ordinaire.

Cette distinction n'a pas été reproduite par le Code civil, qui a suivi sur ce point la doctrine de Pothier. Pour celui-ci la vente faite sous réserve de dégustation demeurait imparfaite jusqu'au moment où les denrées vendues

1. L. 4, § 1. *De periculo et commodo rei venditæ*, D. 18, 6.

étaient agréées par l'acheteur, et partant, celles-ci demeuraient jusque-là aux risques du vendeur, sans qu'il y eût à distinguer entre les différentes causes de perte[1].

La même théorie se retrouve très nettement formulée dans l'art. 1587 du Code civil : « A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire achat, il n'y a point vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ». « Il n'y a point vente », dit le texte, donc pas de transport de propriété, même si l'accord porte sur des choses déterminées ; les choses dont il s'agit demeurent la propriété du vendeur, et par suite à ses risques. En droit romain, dans notre ancien droit, la clause de dégustation équivalait à une condition suspensive à laquelle se trouvait soumis le contrat ; dans notre droit actuel, son effet est plus radical encore. Tant que l'acceptation de l'acheteur n'est pas intervenue, celui-ci n'est pas considéré comme ayant voulu acheter; de sa part « il n'y a pas de consentement[2] », et l'on peut affirmer que l'on se trouve en présence simplement d'une promesse unilatérale de vendre, le vendeur étant obligé de mettre les objets désignés à la disposition de l'autre contractant, sans que ce dernier soit tenu de les prendre; c'est la solution applicable en pareil cas qui a pris place dans l'art. 1587.

1. *De la vente*, n° 310.
2. Fenet, 14, p. 114.

**B.** — La vente à l'essai ne diffère pas sensiblement de celle qui vient d'être examinée. Des objets sont vendus mais sous cette condition qu'avant d'être acceptés définitivement, l'acquéreur vérifiera s'il peut en faire l'usage auquel il les destine : c'est l'équivalent de la clause de dégustation pour les objets qu'il est dans l'usage de goûter.

Dans le droit romain, lorsque la vente était faite à l'essai, il y avait lieu d'appliquer tantôt les principes relatifs à la condition suspensive, tantôt ceux concernant la condition résolutoire.

Un délai avait-il été fixé à l'expiration duquel l'acheteur devait indiquer sa volonté d'acheter ou de ne pas acheter? jusqu'à ce moment la vente était *imperfecta*, son existence était soumise à une condition suspensive potestative de la part de l'acquéreur ; les risques étaient donc sans le moindre doute pour le vendeur, car en présence d'une détérioration survenue à la chose, ou même de sa destruction totale, l'acheteur se gardera bien de parfaire la vente : c'est le principe appliqué toutes les fois que l'on se trouve en présence d'une condition suspensive.

Il fallait faire au contraire appel aux règles qui régissaient la vente sous condition résolutoire, lorsque le marché était fait sous cette condition que, la chose venant à déplaire à l'acheteur, le contrat serait tenu pour non avenu. Il y a là « *pura emptio quæ sub conditione resolvitur* » et

par suite, si l'objet a péri en totalité, l'acheteur ne pouvant rien restituer ne pourra demander la résolution de la vente [1] ; s'il est au contraire simplement détérioré il s'empressera naturellement de déclarer qu'il entend se départir de la vente, et il obtiendra la restitution du prix versé : il subira donc le risque de la perte totale, mais non celui de la perte partielle.

Dans notre ancien droit Pothier admettait, sans distinction, que toute vente à l'essai était faite sous condition résolutoire, d'où cette conséquence : la vente étant parfaite, les risques étaient pour l'acquéreur. Il y a lieu toutefois de supposer que cette décision s'appliquait uniquement en cas de perte totale ; dans l'hypothèse d'une simple détérioration l'objet vendu pouvant être restitué, l'acheteur pouvait sans doute déclarer qu'il entendait abandonner la vente.

Le Code civil, pour la vente à l'essai, a consacré, non sans raison, la doctrine inverse de celle admise par son guide habituel. D'après l'article 1588 en effet : « La vente à l'essai est toujours faite sous une condition suspensive », sous cette condition suspensive qu'elle agréera à l'acheteur. Il est difficile de nier que le Code interprète la convention intervenue d'une manière conforme à

1. L. 20, § 1, *De præscriptis verbis*, D. 19, 5.

la volonté des contractants, et comme les principes relatifs aux effets de la condition suspensive ne sont pas douteux, la perte totale ou partielle survenue avant acceptation de la marchandise sera pour le vendeur, avec cette différence toutefois que dans le second cas l'acheteur sera libre ou de résoudre la vente, ou de la maintenir en prenant la chose sans diminution de prix. (Art. 1182.)

**C**. Ajoutons enfin qu'à la vente à l'essai il faudrait assimiler, par identité de motifs, la vente sur échantillon. Une quantité déterminée de marchandises étant vendue à la condition de se trouver conforme à l'échantillon fourni, la vente ne sera parfaite qu'une fois la vérification opérée, jusque-là elle doit être considérée comme soumise à une condition suspensive, et les risques demeurent pour le vendeur.

§ 4.

*De la vente avec arrhes.*

Les arrhes peuvent être envisagées soit comme un moyen de preuve, soit comme un moyen de dédit, la convention d'arrhes équivalant en pareil cas à une condition résolutoire potestative insérée dans le contrat : c'est sous ce dernier aspect que nous devons l'envisager ici.

Nous n'entrerons pas dans les contro-

verses nombreuses qui se sont élevées sur la nature de la convention d'arrhes en droit romain, sur le point de savoir si elle peut se rencontrer à la fois dans les ventes sans écrit ou avec écrit, si elle intervient seulement lorsque la vente n'est encore qu'à l'état de projet.

Admettons d'abord qu'elle puisse se rencontrer dans les contrats définitivement formés et dont la perfection n'est pas subordonnée à la rédaction d'un écrit: elle permettra aux parties de se dédire en abandonnant ou en restituant au double les arrhes données ou reçues, et il est clair que l'acheteur usera de cette faculté lorsque l'objet vendu sera détérioré ; lorsque la perte sera totale il est au contraire beaucoup plus douteux qu'il puisse user du même droit étant donné les principes admis en ce qui concerne les effets de la condition résolutoire lorsque la perte est totale.

Si au contraire la convention d'arrhes peut intervenir seulement dans les ventes dont la perfection est subordonnée à la rédaction d'un écrit, ou bien encore si elle est destinée à servir de sanction à de simples projets de vente ? en pareil cas la vente n'est pas parfaite, la convention d'arrhes équivaut à une condition suspensive, et il faut admettre que l'acheteur pourra en les abandonnant ou en les restituant au double, laisser les risques de la chose vendue à la charge du vendeur.

Dans notre ancien droit les arrhes étaient

surtout considérées comme destinées à servir de sanction à de simples projets de vente ; le contrat lui-même n'était pas encore formé, et les arrhes devaient être, selon les cas, perdues ou restituées au double par celui qui refuserait de passer le marché.

Toutefois lorsque l'objet destiné à être vendu était détruit ou détérioré d'une façon considérable, le marché n'étant plus possible, la convention d'arrhes n'avait plus de raison d'être. Celui qui les avait fournies pouvait donc les répéter, celui qui les avait reçues était tenu de les rendre ; il s'agissait là en effet d'une sorte de peine qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer lorsque les parties avaient un juste motif pour ne pas consentir à la formation du contrat [1].

Lorsque la vente était formée et que des arrhes avaient été cependant données, des discussions s'étaient élevées dans notre ancien droit sur leur caractère. Étaient-elles simplement un moyen de preuve ou bien constituaient-elles un moyen de dédit, un moyen de résoudre le contrat mis à la disposition des parties contractantes ? Au témoignage de Pothier ce serait le premier point de vue qui l'aurait emporté ; les arrhes n'auraient pas été, en principe considérées comme un moyen de résoudre un contrat régulièrement formé, et elles n'auraient pas par conséquent donné lieu à une

1. Pothier, *De la vente*, n° 503.

application quelconque des règles admises en ce qui concerne les effets de la condition résolutoire[1].

Dans le droit actuel où la promesse de vente vaut vente, les arrhes sont certainement envisagées comme un moyen de se dédire, de rompre un contrat régulièrement formé : c'est ce qui résulte des termes mêmes de l'art. 1590 : « Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données en les perdant, et celui qui les a reçues en les restituant au double. » Cette faculté de se départir du contrat n'étant limitée par rien, l'acheteur aura donc le droit de s'en prévaloir en toute occasion, que la perte survenue soit totale ou partielle, mais en perdant les arrhes données par lui ou en restituant au double celles qu'il a reçues ; le Code n'a pas en effet envisagé la convention en question de la même manière que dans notre ancien droit et il n'a pas reproduit la solution qui y était admise lorsque les arrhes étaient destinées à servir de sanction à un simple projet de vente.

Somme toute, et conformément d'ailleurs aux principes admis relativement aux effets de la condition résolutoire, dans la vente avec arrhes les risques demeureront à la charge du vendeur tant que l'acheteur pourra se prévaloir de la

1. *De la vente*, n° 507, *infine*

convention intervenue, sauf l'avantage, fort médiocre en général, que pourra lui procurer le dédit stipulé.

## SECTION III.

### Du cas fortuit postérieur à l'exécution du contrat de vente.

#### § 1er

*De la garantie pour éviction ou pour vices cachés.*

L'obligation de délivrance qui pèse sur le vendeur, se traduit, après la livraison de l'objet vendu, par l'obligation de garantir l'acquéreur soit contre une éviction, soit contre les vices cachés qui pourraient l'empêcher de jouir effectivement de la chose remise. Ces obligations accessoires donnent lieu à une application particulière des principes relatifs aux risques lorsque la chose vendue a péri totalement ou partiellement, application dont il y a lieu de se préoccuper.

##### I. — Garantie en cas d'éviction.

A. A Rome le vendeur qui a livré la chose d'autrui est, en cas d'éviction, tenu, selon certaines distinctions dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer, soit de rembourser la valeur de la chose évincée, par l'action *ex empto,* soit de rendre le double du prix reçu par l'action *ex stipulatu duplæ.*

*a).* Qu'antérieurement à l'éviction prononcée l'objet vendu et livré vienne à périr totalement, désormais il n'y a plus d'éviction possible, l'acheteur n'est plus exposé à une action en revendication quelconque de la part d'un tiers, et par cela même le vendeur se trouve pour l'avenir à l'abri des actions *ex empto* ou *ex stipulatu duplæ ;* il a rempli en effet complètement son obligation de *rem præstare, habere licere,* l'acheteur a obtenu la jouissance qu'il voulait obtenir, il ne peut donc se prévaloir du défaut de droit de son vendeur puisqu'il n'en est résulté et ne peut désormais en résulter aucun trouble pour lui [1]. Et cette solution s'appliquait sans doute, même dans le cas où le vendeur aurait livré de mauvaise foi la chose d'autrui à un acquéreur de bonne foi : après la perte totale arrivée, il ne pouvait plus être question pour celui-ci d'agir *ex empto,* en prévision d'un trouble futur désormais impossible [2].

En revanche si la perte survenait avant la sentence d'éviction prononcée, mais lorsque l'action en revendication intentée par le véritable propriétaire en était arrivée à la *litis contestatio,* l'acheteur avait le droit d'agir *ex stipulatu duplæ,* si la sentence du juge établissait l'absence de droit du vendeur. La disparition de l'objet revendiqué n'empêchait pas en effet l'acheteur d'exiger la

1. L. 21 pr., *De evictionibus,* D. 21, 2.— L. 27. *De eviction.,* C. 8, 45.
2. L. 30, § 1, *De act. empti.,* D. 19, 1.

continuation de l'instance afin de pouvoir être replacé dans la situation où il se serait trouvé si le procès avait été immédiatement jugé [1]; or l'éviction prononcée au jour de la *litis contestatio* aurait donné ouverture à l'action en garantie *ex stipulatu duplæ*. — Les textes ne mentionnent pas en pareil cas l'action *ex empto*, non sans doute qu'elle n'ait pu, en droit, être intentée, son caractère d'action de bonne foi ne s'y oppose nullement, mais ayant pour but d'obtenir la valeur de l'objet évincé au moment de l'éviction, on conçoit combien, en fait, son exercice pouvait être difficile après un accident rendant à peu près impossible une détermination quelconque de la valeur en question : de là le silence observé à son égard.

Avec l'hypothèse de la vente, dans laquelle la perte totale de la chose vendue libère le vendeur de son obligation de garantie en rendant toute éviction impossible, il ne faut pas confondre le cas prévu par la loi 28 § 3 *De solut.* [2] et dans lequel on trouve la décision contraire.

Un esclave a été stipulé. Le promettant livre un *statuliber*, un esclave auquel la liberté a été léguée sous condition. Le créancier n'est certainement pas tenu d'attendre que la condition mise à l'affranchissement de l'esclave défaille pour soutenir

1. L. 16 pr., *De rei vind.* D. 6, 1. — L. 11, *Judic. solvi*, D. 46, 7. — L. 21 *De ass. toll.* C. 7, 17.

2. D. 46, 3.

qu'il n'a pas été payé dans les termes mêmes du contrat; mais de plus, si l'esclave décède avant qu'on soit fixé sur le sort réservé à la condition, le créancier pourra néanmoins poursuivre le débiteur, même si la condition en question venait par la suite à défaillir ; il pourra soutenir que l'obligation contractée envers lui n'a pas été remplie comme elle le devait, prétendre qu'à aucun moment l'esclave livré n'a été fait sien, « *nullo tempore hominem meum feceris* », et il aura le droit d'agir en conséquence. — Mais dans cette hypothèse il s'agit d'un contrat de droit strict, un transport de propriété a été stipulé, et comme la propriété de l'esclave remis au stipulant était exposée à se trouver résolue, il est exact de soutenir que les termes du contrat n'ont pas été respectés; en tout cas, cette décision spéciale ne saurait influer sur la solution précédemment indiquée pour la vente.

*b).* Dans ce dernier contrat si au lieu d'une perte totale nous supposons seulement une perte partielle, une détérioration matérielle laissant subsister l'objet vendu, il est clair que l'éviction en pareil cas est possible ; elle donnera donc lieu au profit de l'acheteur aux actions *ex empto* ou *ex stipulatu duplæ* selon les cas. Mais quelle sera l'étendue de la réparation qu'elles permettront d'obtenir ? ne sera-t-elle pas diminuée en raison de la perte subie ?

Il n'est guère douteux qu'il en sera ainsi si l'acheteur agit par l'action *ex empto*, et dans certaines hypothèses il n'aura pas d'autre moyen à sa disposition. Par cette action il obtiendra la valeur de la chose vendue au moment de l'éviction ; si elle est supérieure au prix versé il en profitera ; si elle est inférieure, et c'est ce qui arrivera régulièrement en cas de perte partielle, il en subira les conséquences. Paul à ce sujet est formel dans la l. 70 *de evictionibus* : « *Evicta re, ex empto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit, ergo et si minor esse cœpit, damnum emptoris erit* [1] ».

Parmi nos anciens auteurs Dumoulin a contesté cependant que telle ait été la solution romaine. A son avis par l'action *ex empto* l'acquéreur aurait toujours recouvré au moins le prix, quelle que fût la valeur de la chose, et lorsque cette valeur était supérieure au prix versé, il aurait eu droit au *quanti interest* [2].

Divers textes paraissent en effet conformes à cette manière de voir en permettant à l'acheteur de réclamer le prix par l'action *ex empto* sans faire allusion à une diminution quelconque [3].

Quant aux dispositions contraires d'après

1. D. 21, 2. — V. l. 45 pr., *De act. empti.*, D. 19., 1. — L. 23, *De evict.*, C. 8, 45.

2. *Tract. De eo quod interest*, nos 68 et s. — *Contra :* Domat, liv. 1, t. 2, *De la vente*, sect. 10, n° 15.

3. L. 13, § 4, l. 43 *in fine, De act. empti*, D. 19, 1. — L. 84, § 5, *De legat.*, 1, D. 30.

lesquelles cette action tendrait à obtenir non le prix mais le *quanti interest*, Dumoulin les écarte en soutenant qu'elles prévoient précisément le cas où la valeur de la chose enlevée par éviction est supérieure au prix versé ; et si quelque texte fait allusion cependant au préjudice que peut éprouver l'acheteur du résultat de l'action *ex empto* ainsi comprise, cet auteur réplique qu'il faut l'entendre en ce sens que l'acheteur n'aura droit à rien en sus du prix qui lui sera remboursé : c'est de cette manière qu'il subira un préjudice « *si res minor esse cœperit* ».

Pothier, qui adoptait l'opinion de Dumoulin et acceptait ses explications [1], prétendait justifier en outre ce système par cette considération que la vente étant résolue par l'éviction, il était contraire aux principes et à l'équité de permettre au vendeur de faire un bénéfice en conservant une portion quelconque du prix.

Seulement, c'est oublier qu'à Rome la résolution de plein droit d'un contrat, d'une vente, pour inexécution des conditions n'a jamais été connue. L'éviction par elle-même ne résout pas la vente, elle la laisse subsister comme fait générateur d'une obligation non-exécutée, et selon les règles ordinaires du droit une condamnation doit s'ensuivre portant sur le *id quod interest*, sur le préjudice réellement causé à l'acheteur. La valeur de

1. *De la vente*, n° 69.

l'objet dont l'acquéreur est évincé est-elle inférieure au prix déboursé? il subira un préjudice; est-elle supérieure? il profitera de la plus-value; et il est inutile de s'attarder à démontrer que telle est bien la signification du texte de Paul précédemment cité; c'est en dénaturer le sens et en changer la portée que de l'interpréter d'une manière autre que celle indiquée.

Quant aux dispositions invoquées en sens contraire, elles se réfèrent à des hypothèses où le montant du dommage éprouvé est égal ou supérieur au prix versé, et on comprend alors valeur exacte des termes employés, on conçoit notamment pourquoi la loi 43 *De act. empti,* prévoyant une espèce dans laquelle des améliorations importantes avaient été apportées à l'objet vendu par l'acheteur, accorde à celui-ci le droit de réclamer non pas seulement le prix, mais le *quanti interest;* conclure de là, comme le fait Dumoulin, au droit de l'acquéreur d'obtenir par l'action *ex empto,* en toute circonstance, au moins la restitution du prix, c'est méconnaître le but et la signification vraie du texte en question.

En revanche, par l'action *ex stipulatu duplæ,* action de droit strict, l'acquéreur, lorsqu'il peut l'intenter, obtient toujours une indemnité fixe, non susceptible de varier avec les détériorations qui ont pu atteindre l'objet évincé: cette indemnité varie seulement avec l'importance de la fraction de

la chose vendue sur laquelle le vendeur n'avait pas de droits.

Ainsi l'éviction prononcée par sentence judiciaire est-elle totale ? la stipulation aura effet pour le tout, le vendeur devra restituer au double le prix perçu sans qu'il y ait à prendre en considération la perte partielle qui a pu survenir antérieurement.

L'éviction a-t-elle lieu pour partie ? Porte-t-elle seulement sur une portion indivise de l'objet vendu (l'action *ex stipulatu* ne peut être intentée à raison de l'éviction d'une part divise)? l'acheteur obtiendra une partie de l'indemnité stipulée proportionnelle à la fraction de l'objet primitivement livré sur laquelle le vendeur n'avait aucun droit, et ce, sans tenir compte des diminutions ou des augmentations qui ont pu survenir par la suite et de l'importance réelle du préjudice causé. C'est ce qui ressort des décisions diverses et parfois mal comprises renfermées dans la loi 64 *de evict.* [1] :

1,000 arpents de terre ont été livrés, 200 sont emportés par une inondation, et une éviction se produit pour 200 autres à prendre dans le fonds restant; la *stipulatio duplæ* est encourue pour un cinquième, fraction sur laquelle le vendeur n'avait pas de droit, et non pour un quart, partie réellement enlevée.— En sens inverse une alluvion porte

1. D. 21, 2. V. les critiques parfois contestables adressées à la solution romaine par Pothier. *De la vente*, nos 153 et s.

le fonds à 1,200 arpents, une éviction se produit pour un cinquième, la stipulation est encourue dans la même proportion, bien que les 240 arpents enlevés par éviction représentent une fraction plus importante du fonds primitif: le principe est le même, le vendeur avait droit aux quatre cinquièmes de l'immeuble livré, la *stipulatio duplæ* n'est pas encourue dans la même mesure, les augmentations survenues au fonds n'ont pu aggraver sous ce rapport la situation du vendeur.

**B**. Dans notre ancien droit lorsque la perte de la chose vendue et livrée était totale, aucune éviction n'était à craindre désormais; il ne pouvait plus être question de garantie; le préjudice éprouvé était donc en entier pour l'acheteur mis dans l'impossibilité de revenir sur le contrat intervenu et obligé d'en subir toutes les conséquences.

Si la perte était partielle au contraire, une éviction était alors possible, et venant à se produire, ses effets, du moins dans la doctrine de Pothier inspirée par celle de Dumoulin, étaient réglés d'après l'idée suivante: par le fait même de l'éviction la vente se trouve résolue, soit pour le tout, soit pour partie selon que l'éviction est totale ou partielle; par suite, le prix demeure sans cause, soit pour le tout, soit pour partie entre les mains du vendeur, et alors, quelle que soit en fait l'importance réelle de l'objet ou de la partie de l'objet revendiqué par le vrai propriétaire, il y a lieu

toujours à une restitution du prix soit totale, dans le premier cas, soit proportionnelle à l'étendue de l'éviction éprouvée dans la seconde hypothèse.

Cette étendue, elle s'appréciera facilement si l'éviction porte sur une fraction indivise, un tiers, un quart de l'objet vendu ; sa détermination sera plus délicate si elle porte sur une part divise, mais elle ne sera pas impossible à établir cependant à l'aide d'une ventilation rétrospective qui fixera l'importance de la portion évincée par rapport à la valeur totale de l'objet vendu au moment du contrat.

Et de plus, outre cette restitution du prix, restitution certaine, dont le quantum est déterminé indépendamment de l'état réel de l'objet enlevé, le vendeur qui se trouve en faute d'avoir livré la chose d'autrui pourra être condamné à des dommages-intérêts, si la valeur de l'objet repris par le revendiquant était supérieure au montant des prix restitués [1].

La conséquence logique du point de vue adopté par Pothier, d'une résolution du contrat de vente, était donc de mettre les risques de la perte partielle à la charge du vendeur tenu de rendre dans tous les cas le prix perçu, fût-il supérieur au préjudice réellement éprouvé par l'acquéreur du fait de l'éviction ; solution conforme d'ailleurs aux principes acceptés

1. *De la vente*, n° 118 et s.; 139 et s.

dans notre ancien droit relativement aux effets de la condition résolutoire, laquelle laisse, comme nous l'avons vu, la perte totale à la charge de l'acquéreur, mais fait supporter par le vendeur la la perte partielle.

C. Le législateur de 1804 a suivi en cas d'éviction le système admis par son guide habituel.

*a).* L'acheteur est-il évincé complètement de l'objet acquis et reçu par lui ? le contrat est tenu pour non avenu, pour résilié, soit en raison de l'art 1599 prononçant la nullité de la vente de la chose d'autrui, soit en vertu de l'art. 1184 établissant dans tout contrat bilatéral une condition résolutoire tacite pour l'hypothèse où l'une des parties ne tiendrait pas ses engagements. Le vendeur est donc tenu de restituer le prix entier qui demeurerait sans cause entre ses mains, il ne saurait en retenir une partie sous prétexte d'une diminution de valeur de l'objet vendu ; tout au contraire il peut encourir une condamnation à des dommages-intérêts, si le préjudice causé à l'acheteur dépasse le montant de la somme qui lui est remboursée (art. 1631, 1633).

Et le même résultat se retrouve dans l'hypothèse d'une éviction seulement partielle lorsque l'acheteur aura fait résilier le contrat conformément au droit qui lui est accordé par l'art. 1636 : restitution entière du prix reçu, condamnation éventuelle à des dommages-intérêts, telles seront pour le ven-

deur les conséquences de la résolution du contrat prononcée. C'est assez dire que les risques de la chose vendue à tort par lui sont à sa charge de toute façon, puisque les détériorations survenues n'influent en rien sur son obligation de rendre le prix, suite naturelle de la résiliation du contrat, tandis que les augmentations et améliorations survenues en sens contraire aggravent son obligation aux dommages-intérêts, conséquence directe de la faute commise.

Toutefois, en cas d'éviction partielle, le Code civil n'adopte pas dans son entier le système suivi par notre ancien droit. Ou bien en effet il permet à la partie évincée d'obtenir la résolution du contrat, et le contrat est alors résolu pour le tout avec les suites qui viennent d'être indiquées ; ou bien il maintient le contrat en accordant à l'acheteur des dommages-intérêts égaux au préjudice réellement subi par lui (art. 1637) ; il n'accepte pas la doctrine assez singulière admise par Pothier consistant à déterminer dans quelle proportion l'éviction était encourue, et à tenir en quelque sorte le contrat pour résolu dans la même mesure : dans notre droit la résolution est totale ou elle n'est pas, il n'y a pas de milieu, et lorsqu'elle est prononcée, l'acheteur a toujours le droit de réclamer au moins tout le prix versé par lui.

*b)*. Jusqu'ici nous avons supposé une éviction, ou tout au moins une crainte de trouble suffisante

pour permettre à l'acquéreur de demander la résolution de la vente. C'est admettre par cela même que l'objet vendu existe encore, qu'il peut être revendiqué par le vrai propriétaire, et n'a éprouvé que des détériorations ou une destruction partielle.

Que décider en cas de perte totale ? D'éviction il ne peut plus être question, l'acheteur n'a plus de trouble à redouter ; une action en garantie ne se conçoit plus ; le dommage va-t-il être par cela même à la charge de l'acquéreur ?

Il en était ainsi, avons-nous vu, à Rome et dans notre ancien droit ; la condition à laquelle était subordonné l'exercice de l'action en garantie ne pouvant plus se réaliser, la perte totale demeurait au compte de l'acheteur privé de tout moyen de recours contre son vendeur dont l'obligation de livrer la chose vendue avait été remplie à la lettre. Nous croyons qu'il en est autrement en droit français, et en cas de disparition complète de la chose vendue, l'acheteur, à notre sens, peut encore recourir contre son vendeur en fondant sa réclamation sur un tout autre motif qu'une éviction encourue ou à laquelle il se trouve exposé ; à vrai dire il ne s'agit plus alors d'une action en garantie proprement dite, mais ce n'est cependant pas nous écarter du sujet étudié en ce moment que d'aborder ici l'examen de cette question.

Le moyen dont pourra se prévaloir ainsi l'acheteur même en cas de perte totale de l'objet vendu,

c'est la nullité de la vente de la chose d'autrui écrite dans l'art. 1599.

Admet-on en effet que ce texte établit une nullité absolue, nullité plus ou moins justifiable peut-être en raison, mais qui paraît bien cependant avoir été dans l'intention du législateur de 1804 lequel entendait innover et abandonner le système romain et de notre ancien droit consacrant la validité de la vente de la chose d'autrui, comment ne pas permettre à l'acheteur de se prévaloir, même après la destruction totale de la chose, d'une nullité de cette sorte? Son intérêt n'est pas douteux; en faisant constater la nullité de la vente il établira par cela même que le prix versé par lui l'a été sans cause et il pourra par conséquent le répéter.

Veut-on voir dans l'art. 1599 une application pure et simple du principe de la condition résolutoire tacite écrit dans l'art. 1184 ? la vente est-elle nulle ou plutôt résoluble parce que, obligé de transférer la propriété, le vendeur n'a pas satisfait à son engagement ? Nous l'avons indiqué précédemment, dans la vente la condition résolutoire expresse peut se réaliser et produire ses effets même après la disparition de l'objet du contrat ; il n'en sera pas différemment pour la condition résolutoire tacite ; l'acheteur pourra se prévaloir avec raison de ce fait qu'il n'a jamais été rendu propriétaire, que le vendeur n'a pas tenu l'obligation prise envers lui, et par suite la

résolution du contrat prononcée entraînera la possibilité de répéter le prix payé.

Nous n'examinerons pas davantage les systèmes divers qui ont été proposés sur l'art. 1599 pour établir qu'ils doivent aboutir aux mêmes conséquences ; faisons seulement remarquer qu'il est logique dans l'hypothèse d'une vente de la chose d'autrui de faire supporter la perte totale par celui qui supporte la perte partielle ; les raisons de décider sont les mêmes dans les deux cas.

Avec le système inverse on arrive au contraire à ce résultat bizarre de donner au vendeur en faute d'avoir vendu et livré ce qui ne lui appartient pas, un intérêt à la destruction totale de cet objet, destruction qui lui permettrait de réaliser ainsi un bénéfice probable. On se met de plus en contradiction avec ce principe admis dans notre droit et d'après lequel, dans la vente, les risques sont à la charge du propriétaire uniquement lorsque la propriété lui a été transférée d'une manière définitive, sans être sujette à une cause de résolution quelconque. L'art. 1599 peut donc bien être invoqué même après la perte totale de la chose vendue, en supposant, bien entendu, que le vendeur en livrant l'objet mobilier vendu n'ait pas mis l'acheteur à même d'opposer aux tiers l'art. 2279, ou encore, s'il s'agit d'un immeuble, que la prescription acquisitive ne se soit pas réalisée au profit de l'acquéreur mis en

possession, lequel en pareil cas viendrait trop tard soutenir que la propriété ne lui a pas été transmise. (Art. 2225.)

II. — Garantie pour vices cachés.

L'action en garantie pour vices cachés peut-elle survivre à la disparition de l'objet vendu à propos duquel elle peut naître ; ses effets peuvent-ils se trouver modifiés en raison des détériorations survenues à ce qui est l'objet du contrat? telle est la question qui nous reste à examiner au sujet des actions en garantie. Bien entendu lorsque nous parlons ici de la perte totale ou partielle de l'objet vendu nous supposons cette perte survenant par une cause autre que celle qui donne naissance à l'action en garantie ; si elle provenait du vice même pour lequel la garantie est due il n'y aurait pas de question.

**A.** En droit romain lorsque l'objet affecté d'un vice caché venait à périr en entier par une cause étrangère à ce vice, il n'y avait plus lieu d'intenter les diverses actions édilitiennes *quanti minoris* ou *redhibitoria*, à cette condition toutefois que le vice dont l'objet était atteint n'eût pas causé un préjudice effectif à l'acheteur en l'empêchant de retirer de la chose tous les services qu'il en attendait ; en pareil cas il pouvait obtenir réparation du dommage éprouvé par l'action *quanti*

*minoris*[1]; mais autrement le vendeur était déchargé de toute obligation de garantie pour les vices dont était atteint l'objet livré par lui[2]. Si quelque texte paraît se prononcer en sens contraire comme la l. 47 § 1 *de œdilit. edict.* d'après laquelle « *post mortem hominis œdilitiæ actiones permanent* », c'est qu'il prévoit le cas où la mort de l'esclave provient du vice même dont il était atteint et pour lequel garantie est due.

En revanche lorsque l'objet vendu avait péri partiellement, il n'est pas douteux que les actions édilitiennes ne pûssent être intentées. Par l'action *quanti minoris* l'acheteur avait donc le droit de faire réduire le prix payé à sa juste valeur ; par l'action *redhibitoria* il pouvait faire résoudre le contrat et recouvrer l'intégralité de ce qu'il avait payé, et dans ce dernier cas il est clair que la perte partielle retombait sur le vendeur obligé de reprendre sa chose en rendant le prix.

**B**. Dans notre ancien droit le système adopté n'était pas différent. L'acheteur avait-il fait de la chose vendue le même usage que si elle n'avait pas eu de vice ? en avait-il tiré le même parti ? n'ayant éprouvé aucun préjudice il n'avait droit,

1. L. 44, § 2, *De œdilit. edict.*, D. 21, 1. — Un texte, la l. 31, § 11, *De œdilit. edict.*, peut paraître à première vue autoriser également l'action rédhibitoire : un examen attentif de l'hypothèse prévue permet d'écarter cette solution.

2. L. 47, pr., *De œdilit edict.*, D. 21, 1. — L. 5, *De œdil. act.*, C. 4, 58.

en cas de perte totale due à un cas fortuit, à aucune réparation ; l'action rédhibitoire ne pouvait être intentée [1].

La disparition totale de l'objet vendu mettait donc fin pour l'avenir à l'obligation de garantie pour les vices cachés, celle-ci survivait simplement en raison du dommage qui avait pu être causé dans le passé, et en l'absence de tout préjudice le vendeur ne pouvait plus être inquiété.

Quant à la perte partielle, comme elle n'empêchait en aucune manière la résolution du contrat à raison des vices cachés, elle retombait par le fait même sur le vendeur.

**C.** D'après le Code civil, lorsque la chose vendue est atteinte de défauts cachés qui « la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus », « l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix telle qu'elle sera arbitrée par experts ». (Art. 1641, 1644.)

La perte partielle de l'objet vendu et affecté de défauts cachés sera donc en principe pour le vendeur, car l'acheteur ayant le droit de faire

1. Pothier, *De la vente*, n° 222.

résoudre le contrat pour le tout ne manquera guère d'user de cette faculté lorsque des détériorations quelque peu importantes se seront produites.

Dans certaines ventes, dans les ventes portant sur des animaux domestiques d'espèce déterminée, le législateur redoute même moins l'exercice de ce droit de résolution par l'acquéreur que celui consistant à exiger une diminution de prix et il autorise le vendeur à exiger ou la résolution ou le maintien du contrat en entier. (Art. 3, loi du 2 août 1884).

Mais, ces cas mis à part, l'option appartiendra en principe à l'acheteur, et si celui-ci à la résolution du contrat préfère une restitution partielle du prix, il est à peine besoin de le dire, les principes applicables seront différents. Il s'agira simplement pour lui d'être indemnisé du préjudice causé par les défauts de la chose vendue, d'obtenir réparation pour la moins-value qui en résulte pour l'objet livré; or, ce préjudice s'appréciera diversement suivant les circonstances, cette dépréciation ne pourra s'estimer qu'au regard de la chose vendue, envisagée dans l'état où elle se trouvera au moment où la demande sera formée. Il n'est donc pas possible comme dans le cas précédent de poser une règle absolue et de déclarer que les risques de la perte partielle seront forcément à la charge du vendeur, ce qui n'a d'ailleurs qu'une importance secondaire puisque ce résultat dépen-

dra toujours de la volonté de l'acheteur qui saura choisir le parti le plus avantageux.

Au lieu d'une perte partielle, supposons une perte totale de l'objet vendu, perte due à un cas fortuit, c'est-à-dire ne provenant pas du vice même dont la chose était atteinte. En cette occasion la question de la garantie est tranchée par l'art. 1647, et sur ce point le Code civil a suivi la doctrine traditionnelle: « La perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur »; le vendeur sera désormais à l'abri de toute action en garantie [1].

Pour le système qui refuse à la condition résolutoire la possibilité d'opérer lorsque l'objet de la vente a péri, rien de plus simple et de plus juste que cette solution : la perte étant totale le contrat ne peut plus être résolu ; or, la chose était la propriété de l'acheteur, c'est donc pour lui qu'elle périt ; l'art. 1647 n'est qu'une application des principes ordinaires concernant l'effet de la condition résolutoire.

Nous avons cru devoir précédemment rejeter cette manière de concevoir dans la vente le jeu de la condition résolutoire soit expresse, soit tacite. Exacte pour le droit romain et notre ancien droit, elle n'a plus sa raison d'être sous l'empire du Code civil, et elle n'est pas plus acceptable dans l'espèce

1. Cf. art. 10 de la loi du 2 août 1884, sur les vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux domestiques.

qui nous occupe qu'en toute autre circonstance.

Le vendeur, en livrant une chose affectée de vices cachés, a manqué à son obligation de la même manière et au même titre que le vendeur qui livre la chose d'autrui ; dans ce dernier cas l'acquéreur, malgré la perte totale, a le droit de recouvrer son prix ; pourquoi n'en serait-il pas de même dans la seconde hypothèse ? L'art. 1647 ne renferme donc pas une application des principes du droit commun, c'est une disposition exceptionnelle dont la justification doit être cherchée, moins dans des considérations juridiques, que dans des raisons pratiques.

Après la perte totale de la chose vendue, comment vérifier l'existence et l'importance des défauts qui lui sont attribués ? étaient-ils réellement de telle nature que l'acheteur, s'il les eût connus, n'eût point traité ? Ce sont là des points difficiles, presque impossibles à établir après l'accident survenu; ils auraient fourni matière à des procès nombreux, et le législateur a cru devoir y couper court en refusant d'une manière absolue de tenir le contrat pour résolu. Pour ces motifs particuliers le dommage sera donc pour l'acheteur, sauf le droit pour celui-ci de se faire indemniser du préjudice qu'il aurait pu antérieurement éprouver par suite des défauts de la chose vendue, préjudice et défauts qu'il lui appartiendra naturellement de prouver.

§ 2.

*De la rescision de la vente pour cause de lésion.*

Nous ne passerons pas en revue les causes diverses de nullité qui peuvent atteindre la vente une fois formée et exécutée. En principe les accidents qui peuvent survenir à l'objet vendu n'affectent en rien le droit qui appartient à l'une des parties contractantes de se prévaloir de la nullité existant à son profit, qu'il s'agisse d'incapacité, d'erreur, de violence ou de dol.

Il y a cette différence toutefois que l'acheteur en faisant tomber le contrat aura toujours droit à la restitution du prix, tandis que le vendeur en général n'aura aucun intérêt à invoquer la nullité lorsque l'objet vendu aura péri en tout ou en partie ; en faisant annuler le contrat il se trouverait obligé de rendre le prix, et ne recevrait rien en échange ou du moins ne recevrait pas ce qu'il a donné, le cas fortuit qui a occasionné la perte ne lui donnant aucun droit de se faire indemniser par l'autre partie du préjudice souffert.

Ces idées trouvent leur application dans l'hypothèse spéciale de la rescision pour cause de lésion, dans laquelle la question des risques a soulevé certaines difficultés que nous ne pouvons passer sous silence.

A. En premier lieu il est hors de doute que les

améliorations fortuites dont peut profiter la chose vendue après le contrat, ne sont pas à prendre en considération pour déterminer s'il y a eu ou non lésion au détriment du vendeur. Cette lésion s'apprécie d'après l'état de la chose au moment où les parties ont échangé leurs consentements et non à un autre instant. En sens inverse les détériorations partielles qui peuvent survenir à l'objet vendu ne modifient en rien le droit du vendeur d'exercer l'action en rescision s'il y trouve encore avantage pour rentrer en possession de la chose vendue dans l'état où elle se trouve.

Mais si la perte est totale, la rescision se conçoit-elle encore ? a-t-elle encore un objet et le vendeur a-t-il quelque intérêt à former une demande de cette sorte ?

Pour le droit romain la question a fait difficulté et a donné lieu à discussion.

D'après quelques auteurs la l. 2 au Code *De rescindenda vend.* [1] aurait établi à la charge de l'acheteur, en cas de rescision, une obligation alternative soit de rendre l'objet reçu, soit de fournir un complément de prix ; dans ces conditions si la chose a péri et ne peut plus être restituée, le prix du moins peut être complété ; l'action en rescision est donc

1. C. 4, 44.

encore possible, elle a un but et peut être intentée par le vendeur.

Cette interprétation donnée au texte en question est, selon toute vraisemblance, erronée. Dans l'espèce visée Dioclétien n'accorde au vendeur lésé de plus de moitié qu'un droit : reprendre sa chose en rendant le prix ; et c'est à l'acheteur seul qu'il accorde la faculté *(si emptor eligerit)* de fournir le complément du prix pour se dispenser de rendre l'objet vendu. Il n'est donc pas question d'obligation alternative à la charge de l'acheteur, et partant en cas de perte totale le vendeur n'a plus aucun intérêt, bien loin de là, à demander la rescision du contrat.

C'est ce système que l'on retrouve sans conteste dans notre ancien droit[1] et qui a été consacré formellement par l'art. 1681 du C. civil.

Par son contrat l'acheteur s'est obligé à payer un prix dont le montant a été déterminé, la rescision de la vente ne peut donc par elle-même l'obliger qu'à une seule chose, restituer l'objet reçu, et non pas le contraindre à fournir un supplément de prix. Sans doute la loi autorise l'acheteur à garder l'immeuble en complétant dans une certaine mesure le prix versé ; mais c'est pour lui une simple faculté non une obligation, et si l'objet vendu vient à périr totalement, le vendeur n'a plus rien à réclamer et l'acheteur est libéré. Encore est-il

1. Pothier, *De la vente*, n° 348.

d'ailleurs que le premier garde le prix reçu, tandis que le second perd ce qu'il avait acquis ; celui-là, à la rigueur, peut donc se féliciter d'avoir passé le marché.

La solution qui vient d'être donnée s'appliquerait-elle dans l'hypothèse où l'acheteur aurait revendu l'immeuble acquis par lui en vertu du contrat lésionnaire, et où cet immeuble aurait péri entre les mains du tiers acquéreur? La rescision serait-elle encore possible pour permettre au vendeur originaire de réclamer le prix perçu par son acheteur en raison de la revente opérée?

Pothier était de ce dernier avis : « Le vendeur en ce cas a, disait-il, intérêt à faire statuer sur la validité du contrat, et il est, par conséquent, recevable à intenter l'action rescisoire, car en faisant déclarer le contrat nul il a droit de répéter de l'acheteur la somme pour laquelle il a revendu la chose plus qu'il ne l'avait achetée. La raison est que le contrat étant rescindé, la chose est censée avoir toujours appartenu au vendeur et n'avoir jamais légitimement appartenu à l'acheteur : d'où il suit que cet acheteur, en la revendant, est dans le même cas que celui qui vend la chose d'autrui, lequel ne doit pas profiter et s'enrichir du prix pour lequel il l'a vendue. »

Sous l'empire du Code civil, ce raisonnement et les conséquences qui en découlent sont généralement repoussées, et avec raison.

En cas de rescision l'acheteur n'est tenu que

d'une seule obligation, rendre la chose vendue elle-même et non pas fournir une somme d'argent; la chose ayant péri, la rescision n'est donc plus possible, son obligation est par suite éteinte. Et quand on ferait appel à l'effet rétroactif de la rescision, à cette fiction « que la chose est censée avoir toujours appartenu au vendeur », est-ce que cela peut obliger l'acheteur à restituer un prix qu'il n'a dû à aucun moment? En faisant tomber la vente le vendeur recouvre bien le droit de revendiquer son bien contre des tiers détenteurs auxquels leur auteur n'a pas pu transmettre plus de droits qu'il n'en avait; tous les droits réels qui ont pu être consentis par les acheteurs successifs disparaissent par là même; mais à cela, et c'est l'essentiel, se borne dans le passé l'effet de la rescision. Pour obliger l'acheteur à restituer en cas de perte totale le prix qu'il a perçu par suite d'une revente, d'un contrat passé avec un tiers et auquel le vendeur primitif est resté entièrement étranger, il faudrait faire intervenir l'idée, fausse dans la circonstance, d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, ou la conception plus douteuse encore d'une subrogation du prix à la chose.

Quant à comparer l'acheteur qui a revendu ce qu'il avait acquis par le contrat lésionnaire à un vendeur de la chose d'autrui, la comparaison n'est pas moins inexacte, car cet acheteur originaire était certainement devenu propriétaire en vertu du contrat intervenu,

tout sujet qu'il était à rescision ; et de plus si quelqu'un pouvait faire valoir un argument de cette sorte, ce serait le tiers acquéreur seul qui pourrait se plaindre de n'avoir pas reçu un droit de propriété incommutable.

Finalement il faut donc admettre que l'acquéreur aura le droit de garder le prix provenant de la revente opérée par lui ; le vendeur originaire sera traité comme si cette opération n'avait pas eu lieu, comme si la perte était survenue entre les mains de celui avec qui il avait traité ; il gardera donc le prix qui lui a été versé, prix inférieur sans doute à la valeur réelle de ce qu'il a vendu, mais dont après tout, il n'aurait peut-être pas profité sans le contrat lésionnaire qui est intervenu.

**B.** Dans le droit actuel l'acheteur n'a pas l'action en rescision pour cause de lésion. Personne n'étant forcé d'acheter à un prix exorbitant, le législateur n'a pas jugé nécessaire de donner à l'acheteur le moyen de faire tomber un contrat auquel il n'a pas été obligé de consentir sous l'empire d'une nécessité impérieuse capable de ne pas lui laisser sa libre volonté ; aussi l'art. 1683 a-t-il réservé ce droit au seul vendeur.

Dans le passé il est douteux qu'à Rome la rescision pour lésion ait existé au profit de l'acheteur ; les textes cités à ce sujet sont loin d'être probants [1].

1. V. Dumoulin, *De contr. usur. quæst.* 14.

Dans notre ancien droit au contraire cette rescision était généralement reconnue en faveur de l'acheteur. Celui-ci, en cas de lésion énorme dans le prix payé, pouvait faire rescinder la vente et recouvrer ce qu'il avait versé en rendant de son côté la chose reçue, sauf le droit accordé au vendeur d'arrêter l'action rescisoire en restituant ce qu'il avait perçu au delà du juste prix.

Du but poursuivi par l'acheteur il est facile de tirer la conclusion en qui concerne les risques : que l'objet vendu fût ou non détérioré, qu'il eût ou non péri en totalité ou en partie, c'était pour l'acquéreur lésé chose indifférente ; il n'en avait pas moins le droit de faire rescinder le contrat pour obtenir la restitution du prix payé, prix qui devait lui être rendu en entier la rescision prononcée, sous peine de demeurer sans cause entre les mains du vendeur. — Toutefois, lorsque la chose avait péri totalement l'acheteur se trouvant dans l'impossibilité de la rendre ne pouvait plus exiger du vendeur que ce qu'il lui avait payé en sus du juste prix, conséquence naturelle du droit appartenant à ce vendeur d'arrêter, aux mêmes conditions, l'action en rescision [1].

1. Pothier, *De la vente*, n° 382.

§ 3

*De la vente d'un immeuble à charge de rente foncière.*

En principe la vente étant régulièrement formée et exécutée, les cas fortuits qui peuvent survenir par la suite et atteindre l'objet vendu sont pour l'acquéreur devenu propriétaire ; ils sont chose indifférente pour le vendeur en ce sens du moins que ce dernier conserve le droit, nonobstant la perte arrivée de réclamer le prix convenu.

Il convient d'indiquer, cependant, au moins dans un intérêt historique, un cas spécial d'aliénation à titre onéreux où il en a été différemment, et où le cas fortuit postérieur à l'exécution du contrat pouvait avoir son influence sur le droit de l'aliénateur primitif ou de ses ayants cause : il s'agit du contrat désigné dans notre ancien droit sous le nom de bail à rente foncière.

En lui-même ce contrat se présentait dans les termes suivants : un immeuble était aliéné, mais sous réserve, au profit de l'aliénateur, d'une rente, en général perpétuelle, consistant soit en argent, soit en nature ; rente qui constituait un démembrement du fonds, un droit réel retenu sur lui, et constituait un immeuble à part. Nos anciens auteurs refusaient de voir dans une convention de ce genre une vente véritable, surtout par suite

de cette considération que la rente pouvait être stipulée payable non en deniers, mais en nature. Mais qu'importent les objections qui pouvaient être présentées en ce sens; le contrat offrait bien les caractères d'une vente, au moins lorsque la redevance consistait en argent, redevance qui constituait en définitive le prix de l'aliénation.

Seulement, et c'est ce qui lui donne un aspect tout particulier, la rente ainsi stipulée était due non par le preneur personnellement, mais par l'immeuble lui-même. En fait de dette personnelle le preneur ne devait en principe que les arrérages échus pendant le temps où il avait possédé l'immeuble ; pour la rente elle ne constituait pas une dette à lui personnelle susceptible de passer à ses ayants cause à titre universel; elle passait au contraire avec le fonds à l'acquéreur à titre particulier, lequel demeurait libre de s'en débarrasser pour l'avenir au moyen d'une nouvelle aliénation, ou encore par l'exercice du droit de déguerpissement.

Cette manière de concevoir la rente foncière entraînait, quant aux accidents qui peuvent atteindre l'immeuble, les conséquences suivantes :

Si le fonds venait à disparaître pour le tout, la rente cessait par là même d'être due, exception faite pour le cas où une convention expresse intervenue sous la forme d'une clause de fournir et faire valoir en aurait décidé autrement et fait de la rente une dette personnelle du preneur

primitif, dette qui continuerait par là-même à grever ses ayants cause à titre universel ; mais autrement, le fonds qui devait la rente n'existant plus, il ne pouvait être question de réclamer celle-ci à quelqu'un ; la perte était donc pour le bailleur à rente qui perdait non pas à proprement parler le prix de l'aliénation consentie par lui, mais le droit, l'immeuble qu'il avait retenu en aliénant.

La perte partielle du fonds laissait intact au contraire le droit d'exiger la rente : celle-ci était due en effet par l'immeuble entier, et chaque portion en répondait pour le tout ; elle ne devait donc subir aucune réduction tant qu'il restait une partie quelconque de l'immeuble sur lequel elle portait, sauf exercice du droit de déguerpissement par le détenteur.

Ces indications sur lesquelles nous ne croyons pas devoir insister davantage, n'ont plus qu'un intérêt rétrospectif. Dans notre droit le caractère des rentes foncières a changé ; d'immeubles elles sont devenues meubles ; la faculté de rachat existe en toute hypothèse au profit du débi-rentier ; enfin et surtout elles constituent une dette personnelle de celui qui acquiert ainsi à charge de rente. La perte du fonds n'aura donc pas pour effet de le libérer lui ou ses ayants cause à titre universel, de l'obligation de payer le prix convenu, prix stipulé sous la forme particulière d'arrérages annuels ; les risques sont donc pour lui dans les

termes du droit commun. Quant au tiers détenteur il n'est pas tenu personnellement d'acquitter ces arrérages ; il court seulement le danger de voir son droit de propriété résolu si l'acquéreur originaire ne remplit pas ses obligations.

## CHAPITRE VI

### DE L'ÉCHANGE.

Historiquement l'échange est la forme primitive de la vente ; juridiquement il diffère surtout de celle-ci par ce fait que la prestation due par l'une des parties ne consiste pas en une somme d'argent monnayé.

Deux personnes conviennent de se transférer réciproquement la propriété d'un objet qui leur appartient, chacune n'entendant se défaire de sa propriété qu'en raison de l'engagement corrélatif pris par l'autre partie ; telle est, en thèse générale, la convention dont il s'agit en ce moment. Il est inutile d'ajouter qu'il faut s'attendre à y retrouver, en ce qui concerne les risques, les principes qui dominent dans la vente, avec cette différence cependant que des deux côtés l'obligation peut s'éteindre par la perte de la chose due, ce qui n'a pas lieu dans un contrat où l'une des obligations porte sur une somme d'argent.

Toutefois, sur cette question des risques dans l'échange, des difficultés spéciales s'étaient élevées en droit romain par suite de raisons historiques aujourd'hui disparues, raisons qu'il y a lieu de rappeler ici aussi brièvement que possible.

**A.** A Rome, malgré la controverse soulevée à cet égard par les Sabiniens, l'échange n'a jamais été assimilé à la vente. Il fait partie de cette série de conventions comprise sous la dénomination plus ou moins exacte de contrats innommés, et l'évolution de la théorie relative aux conventions de cette espèce n'a pas été sans influence sur la solution de la question qui nous occupe.

Dans la doctrine romaine, on le sait, toute convention par elle-même n'engendre pas une action. Ce mode de sanction appartient aux seuls contrats auxquels il a été spécialement attaché, contrats dont les caractères sont déterminés, dont le nombre est limité. En dehors d'eux toute convention n'a aucun moyen d'être réalisée directement; aucun de ceux qui y ont été partie ne peut contraindre légalement celui avec lequel il a traité à exécuter ce qu'il a promis. — Tel a été primitivement le sort de la convention d'échange rangée au nombre des simples pactes.

A ce système des tempéraments furent successivement apportés.

Confiant dans la parole donnée l'un des contractants a exécuté en ce qui le concerne la convention intervenue; il a livré, par exemple, un objet lui appartenant dans l'espérance de voir tenir en retour l'engagement pris envers lui par celui avec lequel il s'est accordé: si on lui refuse tout moyen d'agir directement contre ce dernier en cas de refus de sa part de s'exécuter, encore

serait-il inique de lui faire perdre en outre ce qu'il a livré de bonne foi et conformément à l'engagement pris. C'est ce qui ne fut pas admis, et la *condictio ob rem dati* fournit le moyen d'obvier à cet inconvénient. Elle permit à celui qui avait ainsi fait honneur à sa parole de reprendre ce qu'il avait livré tant que la promesse à lui faite n'avait pas été remplie, — moyen indirect et imparfait d'en obtenir l'exécution, sanction première et peu efficace de ces conventions qui ont été rangées sous le titre de contrats innommés.

Plus tard, par suite du progrès des idées juridiques, cette *condictio ob rem dati* fut jugée insuffisante.

Si elle permettait en effet de reprendre l'objet livré, encore n'atteignait-elle certainement pas le but que s'était proposé celui qui en était réduit à l'intenter, lequel avait eu en vue surtout l'exécution de l'engagement pris envers lui. De plus elle était complètement inutile lorsque la chose livrée avait péri par cas fortuit, sans la faute de celui qui l'avait reçue, car celui-ci n'avait plus rien à restituer. Aussi à un moment donné l'action *praescriptis verbis* vint-elle permettre d'obtenir directement l'exécution de la convention intervenue et exécutée par une seule des parties en présence. Cette action s'ajouta à la *condictio ob rem dati,* et offrit ainsi à celui des contractants qui avait rempli le premier son engagement un double moyen pour obtenir la réalisation de la promesse à lui

faite, l'un indirect consistant à réclamer la restitution de ce qu'il avait fourni, l'autre direct consistant à poursuivre et à faire condamner son co-contractant.

Ce développement successif de la théorie des contrats innommés a son importance pour la solution de la question des risques dans la convention d'échange qui constitue précisément un contrat innommé.

*a).* Supposons d'abord que l'un des contractants a exécuté son engagement. Il a livré l'objet dont l'échange a été convenu, et la chose qu'il devait recevoir en retour périt par cas fortuit avant de lui avoir été remise. Cette perte sera-t-elle pour lui, et s'il ne peut intenter l'action *præscriptis verbis,* peut-il au moins invoquer la *condictio ob rem dati* et revenir sur l'exécution opérée par lui.

Deux textes contradictoires à cet égard sont renfermés au Digeste : l'un, de Celse [1], met les risques à la charge du coéchangiste qui n'a pas exécuté la convention en permettant à l'autre contractant de répéter ce qu'il a donné par la *condictio ob rem dati;* l'autre de Paul [2] qui met au

1. « Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares : utrum id contractus genus proportione emptionis et venditionis est ? An nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati, re non secuta? In quod proclivior sum et ideo si mortuus est Stichus repetere possum. » L. 16 *De condict.*, c. d. c. n. s., D. 12, 4.

2. « Si rem do ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in

contraire à la charge du créancier qui s'est exécuté le premier, les risques de l'objet attendu en échange de la prestation fournie.

En présence de ces dispositions contraires, quelle opinion adopter ?

Des conciliations diverses ont été proposées entre ces textes opposés.

D'après une opinion, Paul, dans la disposition qui émane de lui, n'aurait eu qu'un but, déclarer l'action *præscriptis verbis* éteinte par la perte de la chose promise en échange; mais il aurait laissé subsister la *condictio ob rem dati* conformément à la décision de Celse.

Cette conciliation heurte absolument le texte qu'elle prétend interpréter. Celui-ci en effet vise en termes exprès la *condictio ob rem dati* et l'action *præscriptis verbis* et refuse l'une et l'autre au coéchangiste comme on peut s'en convaincre par l'examen de la construction grammaticale de la phrase; il n'y a donc pas lieu de s'y arrêter.

Pour un autre système les espèces prévues par les jurisconsultes romains auraient été différentes.

Dans la loi 16 *de condict. causa data,* Celse aurait visé le cas où l'objet en vue duquel les

qua actione id veniet non ut reddas quod acceperis sed ut damneris mihi quanti interest me illud de quo convenit accipere; vel si meum recipere velim repetatur quod datum est quasi ob rem datam re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tù duntaxat culpam præstare debes. » L. 5, § 1, *De præscriptis verbis.* D. 19, 5. — L. 10, *De condict.* c. d. c. n. s. C. 4, 6.

parties ont traité (dans l'espèce, un esclave) est détruit, décédé, avant la formation même du contrat par le fait de l'une des parties d'exécuter son obligation, de là le droit pour celle-ci de répéter ce qu'elle a donné. Tandis que Paul envisageant l'hypothèse contraire donnerait fort justement la solution inverse.

C'est là une interprétation inacceptable.

D'abord l'auteur romain n'eût pas manqué de mettre en relief une circonstance aussi importante que celle de la perte de la chose antérieurement à la formation du contrat, si elle avait réellement motivé sa décision.

Ensuite, le soin qu'il prend d'opposer l'échange à la vente, comme on peut le constater en se reportant au texte, et de donner sa solution comme une conséquence directe du rejet qu'il fait de l'idée de vente, indique que s'il s'agissait d'une vente la solution serait différente ; cela prouve bien qu'il ne s'agit pas d'une perte antérieure à la formation même du contrat, car celle-ci entraînerait également la nullité de la vente.

En sens contraire on prétend tirer argument de l'expression employée relativement au décès de l'esclave dont il s'agit ; « *mortuus est* » dit le texte. Mais elle s'explique naturellement par ce fait qu'il s'écoulera toujours un certain temps entre la perte de l'esclave et le moment où la *condictio ob rem dati* sera intentée ; elle ne

démontre nullement qu'il s'agit d'un événement antérieur à la formation du contrat.

L'explication la plus simple consiste à se placer au point de vue historique et à mettre la divergence d'opinion signalée entre les deux auteurs sur le compte des transformations qui se seraient opérées dans le caractère de la *condictio ob rem dati* entre le moment où vivait Celse et l'époque à laquelle écrivait Paul.

Au temps de Celse celui qui le premier avait exécuté la convention intervenue avait, sans doute, à tout moment, la faculté de revenir sur l'exécution opérée par lui; il avait ce droit tant qu'il n'avait pas obtenu la prestation en vue de laquelle il avait traité, et quelle que fût d'ailleurs la raison pour laquelle l'exécution sur laquelle il a cru pouvoir compter n'a pas lieu.

A l'époque de Paul, au contraire, cette faculté illimitée de se dédire de la convention passée n'aurait plus existé que dans quelques hypothèses déterminées, où elle aurait été exercée sous le nom de « *condictio ob pœnitentiam* ». Dans les autres cas, et l'échange serait de ce nombre, la *condictio ob rem dati* n'aurait plus été possible que si l'inexécution provenait de la faute de l'autre partie. C'est ce que démontrerait d'ailleurs la loi 5 § 1 *de præscriptis verbis*, qui accorde ladite *condictio* lorsque la chose qu'on est convenu de remettre en échange existe, et la refuse au contraire si elle a péri par cas fortuit, décision qui se trouve égale-

ment formulée au Code dans les termes les plus larges [1].

Quant à la raison d'être de cette transformation, on a cru la trouver dans la conjecture suivante :

La première opinion se référerait au temps où la *condictio ob rem dati* était la seule sanction des conventions qui ont constitué les contrats innommés. L'une des parties, par l'exécution du pacte intervenu, n'obtenant qu'un seul droit, celui de reprendre ce qu'elle a donné, ce droit lui aurait du moins appartenu d'une manière absolue, qu'il y eût ou non de la part de l'autre contractant une faute à ne pas tenir l'engagement pris par lui. La *condictio ob rem dati* reposant sur le fait d'une prestation fournie sans contre-partie, aurait pu être exercée indépendamment de toute question d'imputabilité, du moment que « *res secuta non est* ».

Le second système, au contraire, se rapporterait à l'époque où, par suite d'une innovation introduite en faveur des contrats innommés, ceux-ci se trouvèrent sanctionnés par l'action *præscriptis verbis*.

Le pacte suivi d'exécution d'un seul côté étant désormais muni d'une action, un rapprochement s'opéra dans l'esprit des jurisconsultes entre la vente et l'échange :

1. L. 10, *De condict. ob caus. dat.*, C. 4, 6.

Dans la vente, aussitôt l'accord intervenu sur la chose et le prix, les risques, avons-nous vu, sont à la charge de l'acheteur, et cependant celui-ci n'a qu'un simple droit de créance sur l'objet vendu, créance qui peut-être sera insuffisante et en retour de laquelle il se trouve néanmoins obligé de verser le prix convenu ; dans l'échange la situation n'est-elle pas identique ?

Celui qui a exécuté la convention acquiert, avec l'action *præscriptis verbis*, une créance pour forcer l'autre partie à s'exécuter ; pourquoi cette créance ne serait-elle pas pour lui l'équivalent de la prestation qu'il a fournie comme elle est pour l'acheteur l'équivalent du prix qu'il a promis et payé. Entre les deux hypothèses il y a cette seule différence : le contrat de vente se forme par le seul consentement des parties, indépendamment de toute exécution ; dans l'échange au contraire la convention ne suffit pas, il faut encore l'exécution de la part d'un des contractants pour faire naître un droit à son profit ; mais à cette différence près les effets des deux contrats doivent être les mêmes. Les risques doivent donc être pour l'échangiste devenu créancier de l'autre contractant, au même titre qu'ils sont pour l'acheteur créancier du vendeur.

Pour nous résumer, c'est donc au progrès survenu dans la théorie des contrats innomés qu'il faut attribuer la contradiction signalée entre les deux textes précédemment cités.

Les indications qui précèdent vont permettre de résoudre quelques difficultés touchant les risques dans l'échange et sur lesquelles les textes ne se sont pas expressément exprimés.

*b).* Au moment où l'une des parties exécute le pacte intervenu, l'objet qu'elle comptait recevoir a péri ; pourra-t-elle réclamer ce qu'elle vient ainsi de donner ?

L'affirmative n'est pas douteuse, même si l'on donne à la *condictio ob rem dati* une portée limitée en raison de l'introduction de l'action *præscriptis verbis* comme moyen de sanction des contrats innommés. Dans l'espèce en effet la convention d'échange n'a plus de raison d'être, elle est sans objet ; à aucun moment celui qui s'est exécuté n'a pu être créancier d'une chose qui avait cessé d'exister à l'instant où le pacte est intervenu ; il n'y a, par suite, aucune raison pour laisser la prestation fournie par lui entre les mains de l'autre contractant ; par analogie avec ce qui se passe dans la vente en pareil cas, les risques de l'objet perdu sont donc pour celui auquel il appartenait.

*c).* C'est la chose même livrée en vue d'obtenir la réalisation de l'échange convenu qui vient à périr par cas fortuit : au compte de qui est la perte[1] ?

1. Si la chose promise en échange venait à périr avant d'être livrée, il est clair que la perte serait pour celui auquel elle appartient, puisque la condition indispensable pour faire naître un droit à son profit, c'est d'effectuer la remise de la chose promise.

Ici une distinction s'impose :

A l'époque où la *condictio ob rem dati* était le seul droit appartenant à la partie qui avait tenu son engagement, il est évident que la perte totale ou partielle était pour celle-ci. Pouvant simplement réclamer ce qu'elle avait fourni, ne pouvant rien exiger de plus de celui avec lequel elle avait traité, elle reprenait forcément sa chose dans l'état où celle-ci se trouvait, et perdait même tout droit en cas de perte totale provenant d'un cas fortuit.

En revanche, le jour où l'action *præscriptis verbis* vint sanctionner le pacte d'échange, la perte fut pour celui qui avait reçu l'exécution sans avoir encore exécuté de son côté. Si la *condictio ob rem dati* ne pouvait être exercée faute d'objet, il n'en était pas de même de l'action *præscriptis verbis* laquelle avait pour but d'obtenir la chose même qui avait été promise : les risques de l'objet remis se trouvaient donc à la charge de celui qui l'avait reçu.

B. La distinction entre les contrats nommés et innommés est demeurée propre au droit romain, et les difficultés qu'elle a pu soulever ont été inconnues dans notre ancien droit.

Le rapport étroit existant entre la vente et l'échange y a été fort bien aperçu d'ailleurs, et ce sont les principes admis dans la vente en ce qui concerne les risques qui ont dominé également dans le contrat d'échange :

« La chose que chacun des contractants a promis de donner en échange à l'autre, est aux risques de celui à qui on a promis de la donner, de même que la chose vendue est aux risques de l'acheteur dans le contrat de vente ; et si elle vient à périr sans le fait ni la faute de celui qui l'a promise, et avant qu'il ait été constitué en demeure de la donner, il est libéré de son obligation sans que celui à qui elle a été promise puisse répéter celle qu'il a donnée de sa part ; et sans même qu'il puisse être déchargé de l'obligation qu'il a contractée de la donner, s'il n'y a pas encore satisfait ; de même que, dans le contrat de vente, l'acheteur ne peut pas, en ce cas, répéter le prix qu'il a payé, ni en éviter le paiement, s'il ne l'a pas encore payé. » [1]

C. Il n'en est pas différemment dans le droit actuel.

Au titre de l'échange le législateur en effet pose quelques règles qui différencient ce contrat de celui de vente, et pour le reste il déclare formellement dans l'art. 1707 que « toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange ». La question des risques est comprise parmi celles qui doivent ainsi être tranchées d'après les principes admis en matière de vente ; il est donc inutile d'y insister et de revenir sur des explications déjà présentées.

1. Pothier, *De la vente*, n° 625.

Aussitôt le contrat d'échange intervenu, la propriété des objets échangés est en principe déplacée, chacun des contractants acquiert ce qui appartenait à l'autre coéchangiste, les risques suivent le déplacement de la propriété. Quant aux difficultés qui peuvent se soulever sur ce point, elles doivent se résoudre conformément aux règles précédemment admises pour la vente.

## CHAPITRE VII.

### DU LOUAGE.

Avec le louage nous abordons les contrats synallagmatiques qui ont pour objet non plus une obligation de donner, comme la vente, mais une obligation de faire, et nous allons y trouver appliquée, cette fois sans conteste, cette doctrine dont nous avons essayé précédemment d'établir en thèse générale le bien fondé, à savoir : dans les contrats bilatéraux les risques doivent être à la charge de la partie qui n'est pas en mesure d'exécuter son obligation ; le créancier qui ne reçoit pas effectivement la prestation à laquelle il a droit n'est pas tenu de son côté de fournir ce qu'il a promis ; chaque contractant n'a pas entendu se contenter d'un simple droit de créance, mais a voulu ne pouvoir être contraint de s'exécuter lui-même qu'en obtenant l'exécution réelle de l'engagement pris envers lui. Il va être facile de constater l'application de ce principe en passant en revue les différentes espèces de louage.

## SECTION PREMIÈRE

### Du louage de choses.

#### § Ier.

*Du louage des meubles et des immeubles en général.*

Dans ce contrat l'une des parties s'engage à faire jouir ou à faire user l'autre contractant d'une chose déterminée pendant un temps fixé, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige de son côté à lui payer ; de là, à la charge du bailleur une obligation, celle de procurer au locataire la jouissance convenue, et comme contre-partie, à la charge du preneur l'obligation de payer le prix en question et, à la fin du bail, de restituer la chose louée.

Quelle influence peuvent avoir le cas fortuit et la force majeure sur cette situation respective des contractants ?

**A.** Au regard du bailleur tenu de faire jouir le locataire, de le garantir contre tout trouble, il n'est pas douteux que la perte de la chose louée ou l'impossibilité de remplir son engagement due à un cas fortuit le libère de son obligation et lui évite la condamnation aux dommages-intérêts qui pourrait en résulter.

En parlant d'une perte de la chose louée nous

supposons bien entendu qu'il ne s'agit pas d'une simple détérioration qui, survenue à un immeuble loué, devrait être réparée par le bailleur en vertu de son obligation d'entretenir les lieux loués en bon état; il s'agit ici d'un accident ayant une importance plus grande et dont la réparation ne rentre pas dans les dépenses d'entretien.

Privé d'une partie de la chose louée, ou de la jouissance de celle-ci pendant un temps plus ou moins long [1], le locataire est-il tenu néanmoins de payer l'intégralité du prix stipulé dans le bail ? Dans cette question se résument presque entièrement pour le louage les difficultés relatives aux risques.

Sur ce point la solution n'a jamais varié.

A Rome, dans notre ancien droit le locataire n'a jamais été tenu de payer le prix correspondant à la jouissance dont il n'a pu profiter [2], et l'art. 1722 du C. civ. consacre la même doctrine lorsqu'il dispose : « Si pendant la durée du bail la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix ou une résiliation du bail. » Autrement dit, les risques dans le sens où nous prenons ici ces termes, sont pour le propriétaire de la chose louée ; celui-ci en

1. Les cas dans lesquels il y a privation de jouissance soulèvent avant tout une question de fait.

2. L. 33, *Locati conducti*, D. 19, 2. — Pothier, *Du louage*, n° 139.

perdant sa chose perd aussi le droit aux loyers qui résultait pour lui du contrat de louage ; ils ne sont pas pour le locataire ; celui-ci, créancier de la chose louée, est, par la disparition de l'objet du contrat libéré de son obligation de payer le prix convenu, et peut en cas de perte simplement partielle obtenir une réduction des loyers, ou même une résiliation si l'objet détérioré ne répond plus à la destination en vue de laquelle le marché a été conclu.

Si l'on admet que dans la vente le seul fait pour l'acheteur d'être devenu créancier de l'objet vendu est une raison suffisante pour déplacer les risques et les mettre à sa charge, et il en était ainsi à Rome et dans notre ancien droit, il en serait encore de même dans le droit actuel d'après une certaine doctrine, il faut reconnaître que la décision donnée en matière de louage est absolument l'inverse de celle admise dans la vente.

Appliqué au bail, le raisonnement par lequel on justifie dans la vente le déplacement des risques à cause du droit de créance né au profit de l'acheteur, conduirait en effet aux conséquences suivantes :

Le locataire s'est obligé à payer une certaine somme en retour de l'engagement pris envers lui par le bailleur ; qu'importe ensuite, le résultat pratique de la créance ainsi obtenue ; le but poursuivi par lui n'est-il pas atteint en acquérant ainsi un

droit contre l'autre contractant lui permettant de le contraindre à exécuter son engagement; sa propre obligation n'a-t-elle pas été à l'origine régulièrement formée; elle doit par conséquent survivre à l'extinction de l'obligation qui en était la contre-partie et dont elle est devenue indépendante. Lors donc que le locateur par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure est hors d'état de tenir sa promesse, il doit avoir néanmoins le droit de réclamer la somme convenue, absolument comme dans la vente le prix reste dû nonobstant la perte de l'objet vendu survenant avant toute exécution du contrat.

Or c'est là, nous venons de le dire, un résultat qui n'a jamais été accepté par le droit positif.

Dans le louage, contrat bilatéral, l'intention des parties en présence a été fort justement interprétée d'une manière tout autre que celle qui vient d'être indiquée. En mettant les risques à la charge du locateur, on a tenu compte de la relation vraie qui existe entre les obligations réciproques du preneur et du bailleur.

Si celui-là s'engage à payer un prix déterminé, ce n'est pas simplement, en effet, pour la satisfaction d'avoir le droit théorique de contraindre le locateur à lui procurer la jouissance de la chose promise, mais c'est à la condition bien arrêtée d'obtenir cette jouissance réelle, et de ne payer qu'autant qu'elle lui sera effectivement procurée. Or, cette obligation du bailleur de faire avoir à

l'autre contractant la jouissance paisible d'une chose déterminée, par sa nature elle ne peut s'exécuter en un seul trait de temps ; elle est continue, et destinée à s'accomplir et à se renouveler à chaque instant pendant toute la durée du bail.

Dans ces conditions n'apparaît-il pas que le montant de la créance du bailleur vis-à-vis du locataire n'est pas, en principe, fixé immédiatement dès l'instant du contrat ? La créance elle-même ne s'acquerra en quelque sorte que successivement, au fur et à mesure de l'exécution de son obligation par le bailleur ; et si celui-ci, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure, se trouve hors d'état de la remplir, il perdra par cela même le droit à ses loyers à venir.

L'intention des parties en présence qui n'entendent l'une et l'autre être tenues de remplir leur engagement que moyennant l'exécution réelle de l'obligation de l'autre contractant, la nature du contrat de louage qui ne peut être exécuté que d'une manière successive, conduisent donc logiquement à mettre les risques à la charge du locateur, et justifient amplement la décision du législateur ancien et moderne.

Toutefois, dans notre ancien droit, une justification d'un autre genre a été proposée par Pothier qui entendait faire dépendre la solution donnée dans le bail des principes admis dans la vente.

Pour cet auteur, en effet, le contrat de louage s'analysait en une espèce de contrat de vente,

vente de la jouissance et de l'usage futur d'une chose, vente des fruits futurs qu'elle est destinée à produire, et dont le loyer est le prix. Et en partant de cette idée que l'on se trouve en présence d'une vente de choses futures, indéterminées, vente dont l'existence est subordonnée à cette condition : si les choses vendues existent un jour à venir, on arrive également à cette conclusion que, dans le bail, les risques doivent être pour le bailleur vendeur des fruits futurs que peut produire la chose louée ; si ces fruits n'existent pas, le loyer ou prix de la vente ne peut pas être dû [1].

Une semblable explication au point de vue rationnel est au moins contestable, et sans rechercher quel accueil lui a été réservé dans le passé, on peut affirmer qu'elle ne saurait être acceptée dans le droit actuel.

En fait n'est-ce pas une erreur en effet de confondre, par exemple, le vendeur d'une récolte future qui sera simplement à recueillir par l'acheteur, avec le locateur qui, dans un bail à ferme, accorde au preneur le droit de jouir du fonds loué, de le travailler lui-même et d'y faire naître par son labeur personnel les fruits dont il espère profiter ; la situation de l'acheteur n'est-elle pas fort différente, en pareil cas, de celle du locataire ; ce dernier a acquis à titre onéreux le droit de jouir de l'immeuble loué, il n'a pas acheté une récolte à venir.

1. *Du louage*, n^os^ 4, 130.

Dans les autres contrats de louage l'assimilation proposée n'est peut-être pas aussi inexacte, et cependant en assimilant le locataire à un acheteur, en ne voyant pas dans le bail un contrat ayant sa nature à part on est conduit à des conséquences inadmissibles par l'application des règles propres à la vente.

Dans la vente le vendeur devient en principe immédiatement créancier de toute la somme convenue, sauf à la percevoir aux époques indiquées si un terme a été stipulé. Appliquée au louage cette idée va faire considérer le bailleur comme étant également créancier à terme de tout le prix qu'il pourra retirer du contrat, prix auquel il aura dès maintenant un droit acquis. L'art. 2102 qui, en cas de déconfiture du preneur, accorde au locateur le droit d'exiger tous les loyers à échoir, n'est pas contraire, il est vrai, à cette manière de voir; seulement si elle est exacte, si la disposition de cet art. 2102 n'est pas exceptionnelle, on est logiquement conduit au résultat suivant : si le locataire paie d'avance ses loyers pour toute la durée du bail, et que la chose louée vienne à périr par la suite, les loyers versés ne pourront être répétés ; il a acquitté par anticipation une dette légitimement due, et la répétition n'est pas admise en pareil cas.

On recule devant cette conséquence; on fait intervenir cette idée qu'il s'agit de la vente d'une récolte future, d'une jouissance future, vente qui ne peut prendre naissance sans un objet, qui

demeure non avenue si la récolte n'existe pas un jour à venir, si la jouissance n'est pas procurée. Mais alors on transforme le louage en une série de ventes conditionnelles qui se forment successivement à l'arrivée de la condition, ce qui est dénaturer absolument un contrat formé d'une manière définitive dès l'instant où le consentement des parties a été échangé; contrat qui a engendré aussitôt une obligation certaine à la charge de chacun des contractants, obligation dont le montant seulement, en ce qui concerne le locataire, dépend de l'exécution réelle de l'engagement de l'autre contractant.

Si les risques sont à la charge du bailleur c'est donc en raison de la nature même du contrat intervenu, contrat qui lui impose une obligation de faire, obligation qui ne peut être remplie que successivement et ne donne droit au prix stipulé qu'au fur et à mesure qu'elle s'exécute.

Toute privation de jouissance donnera donc droit à une remise proportionnelle des loyers au profit du locataire, qu'il s'agisse d'une privation momentanée de la chose, ou de la privation définitive d'une partie de cette chose. Le preneur aurait même droit à une résiliation du contrat, si l'objet loué se trouvait dans un tel état qu'il ne pût plus en tirer le parti en vue duquel il avait traité. (Art. 1722.)

Il convient toutefois de signaler le tempéra-

ment particulier apporté à ce principe par l'article 1724 du Code civil.

Un immeuble loué peut avoir besoin de réparations soit en raison des accidents qui lui sont survenus, soit pour toute autre cause non imputable au bailleur. Le propriétaire est autorisé à les faire exécuter, et le locataire est tenu de supporter la privation de jouissance qui en résulte pourvu qu'elle ne dépasse pas une durée de quarante jours ; autrement il a droit à une remise proportionnelle à la partie de la chose louée dont il a été privé et à la durée totale de cette privation de jouissance, du moins dans l'opinion qui s'en tient aux termes mêmes de la loi. La résiliation même pourrait être prononcée dans les termes du droit commun, « si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille. » (Art. 1724.)

Par cette décision le législateur a essayé de concilier l'intérêt certain du bailleur à effectuer à ses immeubles les réparations rendues nécessaires par les détériorations qui ont pu y survenir, avec le droit absolu du preneur d'avoir la jouissance paisible des lieux loués ; en elle-même la disposition est arbitraire, elle se justifie uniquement par des considérations d'équité.

B. — A l'obligation du bailleur de faire jouir le locataire de la chose louée, faut-il rattacher

les dispositions des articles 1769 et 1770 qui obligent, dans l'hypothèse spéciale d'un bail à ferme, le propriétaire à faire remise des fermages lorsqu'une portion déterminée de la récolte a péri par cas fortuit avant d'être détachée du sol ? Cette décision qui remonte jusqu'au droit romain et se retrouve dans notre ancien droit [1] résulte-t-elle de la nature même du contrat de louage, de la relation existant entre les obligations respectives des deux contractants, ou bien est-elle exceptionnelle, arbitraire, inspirée surtout par des raisons pratiques, motivée par des considérations d'équité? Il y a là un aspect particulier de la question des risques dans le contrat de louage qui appelle quelques explications, car elle met en jeu la question même de savoir quel est au juste le but poursuivi par les parties en contractant.

Lors des travaux préparatoires du Code il fut déclaré à plusieurs reprises que cette remise des fermages consentie en cas de perte d'une partie des récoltes résultait de la nature même du contrat de bail à ferme. Le tribun Jaubert notamment l'affirma avec une grande énergie : « Le bail à ferme est un contrat commutatif : la chose pour le prix : ainsi il est de l'essence de ce contrat que le fermier soit dispensé de payer le prix si un cas fortuit le prive de toute la récolte ou de la majeure

1. L. 15, § 2, § 4, *Locati conducti*, D. 19, 2. — Pothier, *Du louage*, nos 144, 153 et s.

partie [1] » ; et de son côté le tribun Mouricault justifiait la disposition des art. 1769 et 1770 dans les termes suivants : « Deux principes ont servi ici de guides : le premier, que le contrat de louage s'analyse en une espèce de contrat de vente des fruits futurs, laquelle ne se réalise qu'autant que des fruits viennent à naître et à former la matière du contrat; le second que cette vente n'est pas celle particulière des fruits de chaque année du bail, mais celle de la masse des fruits de toutes les années qu'il embrasse ».

Nous ne reviendrons pas sur cette assimilation du louage à une vente, assimilation inexacte empruntée à Pothier et invoquée plus ou moins à propos pour justifier la décision du Code. Ce qu'il importe seulement de remarquer c'est ce fait que, dans la pensée du législateur, il y aurait lieu d'identifier la perte des fruits excrus sur le fonds loué avec une privation de jouissance, et de prononcer une réduction ou une remise des fermages en vertu des mêmes principes qui conviendraient à l'une et à l'autre hypothèse.

Or, rien n'est moins démontré que l'exactitude de cette assimilation de la perte des récoltes dans le bail rural, avec une privation de jouissance, c'est même le contraire qui est vrai. Aussi dans l'article 1769 faut-il voir moins une décision basée

1. Fenet, 14, p. 354.

sur les principes rigoureux du droit et résultant de la nature même du contrat de louage qu'une disposition spéciale inspirée surtout par des considérations d'équité, par le désir de répartir équitablement certains risques entre le bailleur et le fermier, en ne laissant pas à la charge exclusive de ce dernier toutes les mauvaises chances dont il peut être victime à l'occasion de ses récoltes.

Si une récolte vient à périr par cas fortuit, est-il exact en effet de soutenir pour cela que le fermier n'a pas eu la libre jouissance du fonds loué telle qu'elle lui avait été promise, qu'il n'a pas été le maître d'en user comme il l'entendait, de le travailler à sa guise, en supposant bien entendu que l'accident n'atteigne que les fruits excrus ou à croître et n'ait pas entraîné une réelle privation de jouissance pour le preneur? Le bailleur a rempli toute son obligation en mettant le fonds loué à la disposition du fermier, en mettant celui-ci à même d'en tirer parti comme il l'entendait; il ne lui a nullement promis de lui faire obtenir une récolte, laquelle dépend avant tout du travail personnel du locataire. Il doit donc avoir droit au loyer convenu puisque son engagement a été réellement tenu. La perte survenue n'est qu'un de ces accidents auxquels par la nature même de son contrat est exposé le preneur d'un bien rural; il doit s'attendre à ces accidents et il en accepte tacitement les consé-

quences fâcheuses, en échange des profits qu'il peut retirer des années exceptionnellement favorables.

Seulement, lorsque la perte survenue est considérable, lorsque l'accident arrivé sort des limites de l'ordinaire et que la plus grande partie ou une portion notable de la récolte a péri, il serait dur d'exiger du fermier la totalité des loyers ; cela serait d'autant plus dur que le dommage étant le résultat d'un cas fortuit et non de la faute du preneur, le bailleur aurait sans doute lui-même subi la même perte s'il avait fait valoir personnellement son bien. Aussi, pour éviter que le fermier ne se trouve ruiné par une année désastreuse, la loi lui accorde le droit d'obtenir une réduction ou une remise du loyer, remise inspirée par des considérations d'équité et non pas motivée par l'application des principes rigoureux du droit ; et ce qui démontre bien qu'il en est ainsi, ce sont les conditions mêmes nécessaires pour l'application de l'art. 1769, conditions qu'il suffit d'énumérer pour en tirer la conclusion indiquée.

Pour qu'il y ait lieu à la remise des fermages il faut en effet que la perte atteigne au moins la moitié de la récolte ordinaire. Or, s'il fallait rattacher la disposition de l'art. 1769 à l'obligation du bailleur de faire jouir le locataire de la chose louée, toute perte entraînant une récolte inférieure à la moyenne sur laquelle le fermier a dû compter ne devrait-elle pas donner lieu à une indemnité ?

Il faut encore que l'accident survienne avant que les fruits soient séparés du sol. Or, rigoureusement parlant, la situation faite au fermier n'est-elle pas la même que sa récolte soit ou non détachée du fonds. On objecte que par la séparation elle est devenue la propriété du cultivateur ; mais est-ce qu'auparavant elle ne lui appartenait pas tout autant, lui seul ayant le droit de la recueillir. Et si cette circonstance de la séparation est prise en considération n'est-ce pas plutôt parce qu'il fallait bien limiter la portée d'une disposition toute de faveur, et fixer le moment précis où les risques de la récolte seraient définitivement à la charge du locataire ; parce qu'il importait d'écarter ainsi les difficultés multiples relatives à la preuve qui n'auraient pas manqué de se soulever lorsqu'un accident serait survenu après le moment où le fermier a pu librement disposer des fruits exerus sur le fonds.

Enfin le soin que prend le législateur d'édicter une compensation entre les mauvaises années et celles qui sont exceptionnellement favorables montre bien quel est son but, c'est-à-dire répartir équitablement les risques entre les contractants et non pas donner une solution strictement conforme à quelque principe rigoureux. Et, en effet, on pourra voir un fermier victime de plusieurs années toutes inférieures à la moyenne sans atteindre cependant le chiffre fixé par la loi, n'avoir droit à aucune remise de fermages malgré la perte subie

réellement par lui, tandis qu'un autre, indemnisé pour une année mauvaise, profitera sans réduction de toutes les années ordinaires qui pourront survenir ; c'est une inégalité de traitement qui serait peu acceptable si on ne voyait dans l'art. 1769 une disposition ayant un caractère exceptionnel, et non pas une décision résultant de la nature même du contrat de louage.

Quoi qu'il en soit des raisons qui ont pu dicter la disposition de l'art. 1769, il apparaît clairement qu'il y a intérêt à distinguer entre le cas où, pour une cause ou pour une autre, le locataire est privé de la jouissance de la chose louée, et a droit, quelle que soit l'importance du préjudice par lui souffert, soit à une réduction de loyer, soit à une résiliation du contrat dans les termes de l'article 1722, et l'hypothèse où il s'agit d'une perte des fruits produits par le fonds, laquelle ne donne droit à une remise totale ou partielle des fermages que lorsque le dommage atteint une certaine importance. La distinction ne laisse pas d'être parfois difficile à faire, il peut être délicat de décider si certains événements qui enlèvent au fermier une partie de sa récolte ne le privent pas également de la jouissance du fond : ce sont là des questions d'espèce dans l'examen desquelles nous ne saurions entrer.

Quant aux conditions particulières exigées

pour l'application de l'art. 1769, conditions déjà signalées en passant, nous croyons devoir les résumer ici brièvement, le caractère exceptionnel de la disposition ne permettant pas de s'en tenir à une simple indication générale.

Il faut d'abord, cela va sans dire, que la perte dont il s'agit provienne d'un cas fortuit. Après les explications fournies plus haut, au commencement de ce travail, il n'y a pas à revenir sur les caractères que doit présenter l'accident survenu pour autoriser le locataire à réclamer une réduction de fermage. Il est inutile également de rappeler ce que vaut la distinction parfois faite entre les cas fortuits ordinaires et les cas fortuits extraordinaires, distinction qui, dans notre ancien droit, trouvait ici tant que bien que mal son application. D'après Pothier en effet « il faut que l'accident qui a causé une perte considérable des fruits soit un accident extraordinaire et non pas un de ces accidents ordinaires et fréquents auxquels un fermier doit s'attendre ». Disons seulement que le système du Code à cet égard paraît bien être le suivant :

Étant donné un fonds déterminé, sa situation et sa nature propre, il y a un certain nombre d'accidents fortuits auxquels, bon an, mal an, ce fonds est exposé, et qui viennent d'une manière à peu près régulière diminuer la quantité des fruits produits. Le locataire a dû compter sur ces accidents ; il a dû prendre en considération au

moment du contrat la perte qu'il font normalement subir; il faut donc en tenir compte toutes les fois qu'il s'agira de déterminer la moyenne des produits du fonds, à laquelle il y a lieu de s'attendre; c'est en ce sens seulement qu'il peut être question de cas fortuits ordinaires. Mais autrement, peu importe la cause qui entraînera la perte de la récolte dès l'instant qu'il n'y a pas de faute de la part du fermier, et que le dommage atteint la quotité fixée par la loi.

Cette quotité le droit romain ne l'avait pas fixée d'une manière invariable : il y avait lieu à une remise des loyers « *si plus quam tolerabile est læsi fuerint fructus* [1] », décision laissant une large place à l'appréciation du juge.

Dans notre ancien droit Pothier voulait que la quantité détruite fût de la moitié de ce qu'on a l'habitude de récolter, et qu'en outre le prix de ce qui restait fût inférieur à la valeur du prix de la ferme, opinion partagée d'ailleurs par un certain nombre de nos anciens auteurs [2].

Le Code civil exige simplement que la « moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuist». (Art. 1769.) Mais en l'absence d'une indication plus précise, des controverses qu'il suffira d'indiquer se sont élevées sur la manière d'appré-

1. L. 25 pr., *Locati conducti*, D. 19, 2.
2. *Du louage*, n° 196.

cier si le préjudice éprouvé atteint bien la quotité fixée par la loi.

Suffit-il pour obtenir une remise de fermages que la quantité de fruits perçus soit inférieure à la moyenne habituellement recueillie, sans tenir compte de la valeur que peut avoir ce qui en reste? Ou bien faut-il encore que le prix de ce qui subsiste soit également inférieur à la moitié du produit retiré habituellement du fonds? Les deux opinions ont été soutenues et peuvent l'une et l'autre se défendre par des raisons sérieuses.

En plus des arguments historiques qu'il peut faire valoir, le dernier système ne peut-il pas s'appuyer surtout sur cette considération qu'il serait singulier d'accorder une remise, une indemnité, c'est l'expression même de la loi, à un fermier qui, en réalité, n'éprouve peut-être aucun préjudice, si, par suite de circonstances particulières, la valeur de la partie de la récolte qui subsiste compense le dommage qui a pu survenir d'un autre côté ; cette considération fort rationnelle n'est-elle pas absolument décisive.

Il n'y a pas cependant, croyons-nous, lieu de s'y arrêter en présence des termes des art. 1769 et 1770 qui ne visent qu'une perte de quantité sans faire la moindre allusion au prix qui peut être retiré de ce qui reste de la récolte perdue, et à l'atténuation ou même à l'absence de préjudice qui en résulte peut-être pour le preneur. Il suffit « qu'une moitié au moins de la récolte soit enlevée par des cas for-

tuits » ; aucune autre condition n'est exigée ; ce serait donc ajouter au texte que de faire intervenir l'appréciation de la valeur de ce qui subsiste des fruits. Au point de vue législatif, ce système, sans doute, peut prêter à la critique, mais à défaut d'autres avantages il présente au moins celui de la simplicité, et il coupe court à des difficultés d'appréciation déjà trop nombreuses en cette matière.

Enfin, c'est seulement lorsque la perte dont il s'agit survient avant que les fruits aient été détachés du fonds que le fermier a droit à une remise de loyers, et ce, pour la raison précédemment indiquée : il fallait déterminer un moment où toutes les contestations que peut faire naître l'exercice du droit en question prendraient fin ; le législateur a choisi l'instant où, par la séparation, le fermier est mis à même de disposer de la récolte comme bon lui semble, et où l'on peut, par suite, soutenir avec vraisemblance que la perte survenue est une conséquence de sa négligence.

Le principe écrit dans l'art. 1769 comporte d'ailleurs lui-même un tempérament inspiré par la même pensée qui a dicté la disposition principale, tempérament qui accentue encore le caractère exceptionnel de celle-ci.

En thèse générale, en présence d'une privation de jouissance proprement dite, il est hors de doute que le preneur, le fermier a droit à une

remise de loyers sans qu'il y ait à rechercher si d'autre part il n'a pas retiré du contrat un avantage plus ou moins considérable.

Tout autre est la situation dans l'hypothèse d'une remise de fermages motivée par la perte d'une fraction de la récolte.

Par faveur pour le fermier le législateur a cru devoir déroger aux principes rigoureux du droit; il a mis à la charge du propriétaire les risques de la récolte excrue sur le fonds lorsque la perte dépasse une certaine mesure. Mais à cette faveur il y a une limite. Si le locataire peut se soustraire jusqu'à un certain point aux dommages trop considérables qui pourraient l'atteindre, encore faut-il qu'il ne soit pas indemnisé d'un autre côté par les années d'abondance exceptionnelle dont il a pu profiter, années qui lui ont procuré pendant la durée de son bail un excédent sur lequel il n'avait pas à compter et qui a fait disparaître le déficit survenu à un autre moment. C'est une pensée d'équité qui a fait accorder au fermier une remise de ses loyers lorsqu'il perd au moins la moitié de sa récolte; c'est la même pensée qui a fait admettre la compensation entre les bonnes et les mauvaises années organisée dans les art. 1769 et 1770.

Déjà le droit romain admettait que les années particulièrement stériles pouvaient être compensées par les années d'une abondance exceptionnelle sans toutefois poser de règle précise à cet égard [1].

1. L. 8 *De locato conducto*, C. 4, 65.

Notre ancien droit adoptait la même solution. Seulement, lorsqu'il s'agissait de déterminer comment devait s'opérer ladite compensation, les systèmes les plus divers se faisaient jour, systèmes dans le détail desquels nous ne pouvons entrer ; au témoignage de Pothier il n'y en aurait pas eu moins de huit [1]. Contentons-nous d'indiquer brièvement celui adopté par le Code civil et dans lequel d'ailleurs le législateur de 1804 s'est inspiré de son guide habituel.

Le bail dont il s'agit est-il fait pour une seule année ? De compensation il ne peut être question car le fermier n'a pas réalisé et ne peut compter réaliser aucun profit exceptionnel pendant la durée du contrat, le droit à une remise lui sera donc acquis d'une manière définitive.

Les parties ont-elles au contraire traité pour plusieurs années ? De deux choses l'une : ou bien au moment où la demande de remise se produit le fermier se trouve déjà indemnisé par les excédents précédemment perçus, et en pareil cas il n'y a pas d'indemnité à lui accorder pour un préjudice qui n'existe plus ; ou bien cette compensation n'a pas encore eu l'occasion de s'opérer, et il convient alors d'attendre la fin du bail pour déterminer s'il y aura définitivement lieu à une remise, remise dont le fermier aura pu d'ailleurs être autorisé par justice à retenir provisoirement le montant. (Art. 1769 *in fine*.)

1. *Du louage*, n° 160.

En tout cas, dans l'une et l'autre hypothèse, le mode de procéder, la manière de faire le calcul dont il s'agit seront identiques : il faudra faire entrer en ligne de compte toutes les années de jouissance, bonnes ou mauvaises, et non pas seulement celles dont le produit a pu être supérieur à la moyenne, et rechercher si le total ainsi obtenu atteint ce qu'aurait donné une série d'années ordinaires ; dans ce dernier cas seulement le fermier pourra être considéré comme indemnisé ; autrement le droit à une remise lui sera définitivement acquis. Cela va sans dire, ce qu'il faudra prendre en considération pour établir cette compensation, ce sera la quantité de fruits produite chaque année et non pas le prix plus ou moins considérable qui a pu en être retiré ; la perte d'une certaine fraction de la récolte suffit, en effet, au moins dans le système que nous croyons être celui du Code, pour justifier une réduction de loyers, indépendamment de la valeur de la partie qui subsiste ; la même règle doit s'appliquer lorsqu'il s'agit d'établir la compensation.

Sans insister davantage sur les détails d'application des art. 1769 et 1770, ce qui précède suffit pour établir que nous nous trouvons bien dans ces textes en présence d'une disposition exceptionnelle, motivée par des raisons propres au bail à ferme pour lequel elle est écrite, et non pas en face d'une application régulière des principes ordinaires concernant les risques en matière de louage.

C. Ces principes, il faut y revenir au contraire dans l'hypothèse opposée aux précédentes où, au lieu d'une privation de jouissance provenant d'un accident quelconque, le locataire aurait vu le fonds loué s'accroître, et, par suite d'une alluvion, d'un atterrissement, devenir, pendant le bail, plus considérable qu'il ne l'était au moment du contrat. Le cas se présentera rarement sans doute, mais encore est-il qu'en présence du silence du Code sur ce point, il importe de déterminer dans quelle mesure la situation respective des parties contractantes pourra se trouver modifiée par un événement de ce genre ; il faut rechercher si le preneur aura le droit de jouir de l'accroissement survenu au fonds sans aucune augmentation de loyer.

A cet égard les opinions les plus diverses se sont fait jour.

Pour un système, il faudrait distinguer d'après les termes mêmes du bail : « Celui-ci est-il fait à raison de tant la mesure? » le preneur aura le droit de jouir de l'accroissement survenu en payant le supplément de prix correspondant à l'augmentation de contenance dont il profite ; le loyer est-il au contraire fixé à un prix déterminé pour le tout? le locataire pourra profiter de l'alluvion sans augmentation de prix, le bail étant fait pour l'immeuble envisagé en bloc.

Cette doctrine est inacceptable en raison de l'in-

terprétation qu'elle donne à la volonté des parties contractantes.

L'indication de la contenance peut en effet avoir eu simplement pour but de garantir au preneur une superficie déterminée; en tout cas si elle a été destinée à fixer le prix au moment du contrat, rien ne prouve que le bailleur ait entendu pour cela accorder au locataire la jouissance de l'alluvion qui peut s'ajouter à l'immeuble; et en sens inverse, en louant le fonds pour un prix fixé en bloc, il n'est pas démontré que le locateur ait par cela même consenti à laisser le preneur profiter, sans supplément de prix, des accroissements survenus au fonds.

D'après une autre théorie, il y aurait lieu à une augmentation de prix lorsque l'alluvion serait importante, et il en serait différemment lorsqu'elle serait minime; théorie inadmissible, qui répudie tout principe en faisant dépendre la solution de la difficulté d'une question de fait dont on cherche vainement le fondement.

Il faut choisir, en effet, et accorder en principe au bailleur le droit de réclamer une augmentation de prix, ou bien lui refuser ce même droit.

Dans ce dernier sens les arguments suivants ont été présentés:

L'alluvion s'ajoute lentement au fonds loué, elle s'y incorpore peu à peu, elle en fait partie, et

il est impossible de l'en distinguer; elle ne constitue pas un fonds nouveau distinct de l'ancien, elle doit donc suivre le sort de ce dernier. On objecte que le bailleur n'a pas loué ce qui n'existait pas encore : mais reste à savoir si les parties, en traitant, n'ont pas pris en considération cette augmentation lente mais régulière du fonds et si elles n'ont pas traité en conséquence. D'ailleurs avec le système opposé on arrive à ce résultat que le locataire ne pourra jouir de la chose louée qu'avec le consentement du bailleur. Celui-ci pourra refuser de lui louer la partie nouvelle qui s'est ajoutée à l'immeuble, et le priver ainsi de l'avantage résultant du voisinage du cours d'eau; en tout cas il pourra en demander un prix supérieur, toute proportion gardée, à celui exigé pour le fonds originaire. Et cette conséquence, on ne saurait l'éviter en attribuant sur le nouveau fonds un droit de préférencee quelconque au locataire, sous prétexte qu'il ne saurait être troublé dans sa jouissance; ce droit de préférence n'est en effet écrit nulle part. Il faut donc accorder au preneur le droit de profiter de l'alluvion sans supplément de loyer, si l'on ne veut pas accorder au propriétaire le droit de disposer librement de ce qui vient s'ajouter à son terrain.

C'est en ce sens qu'il convient cependant, croyons-nous, de se prononcer, mais en faisant une distinction.

Au moment où le contrat a été passé le fonds

loué s'accroissait-il régulièrement par alluvion ? les parties ont traité selon toute apparence en tenant compte de ce gain annuel de l'immeuble loué, de cet avantage spécial que lui procure chaque année, d'une manière à peu près constante, le voisinage du cours d'eau; le prix, de quelque manière qu'il soit fixé, a dû être établi en conséquence, et, sauf convention contraire, le fermier aura le droit de jouir, sans augmentation, de cette alluvion, laquelle n'est plus, à proprement parler, le résultat d'un cas fortuit; elle a été en effet tacitement comprise dans le bail.

Mais dans le cas contraire, si l'alluvion ne commence à se former que pendant le cours du bail sans qu'il y ait eu lieu de la prévoir auparavant, il faut décider en ce qui la concerne comme le faisait Pothier : « Le locataire n'a pas le droit de jouir de ce qui ne lui a pas été loué. »

Le bail avait pour objet un fonds déterminé, d'une contenance donnée, il ne portait pas sur ce qui a pu l'augmenter par la suite, sur cette partie nouvelle dont les contractants ne prévoyaient pas l'accession; le locataire n'y a donc aucun droit. Cela est d'évidence pour les atterrissements considérables qui peuvent se former parfois dans un laps de temps très court; cela n'est pas moins vrai pour l'alluvion proprement dite qui se forme d'une manière plus lente et plus régulière, mais dont la jouissance doit être soumise aux mêmes principes.

Au point de vue de l'équité cette solution se justifie d'ailleurs fort bien : le fermier dont le fonds se trouve diminué par cas fortuit, par l'érosion due au voisinage d'un fleuve, par exemple, a le droit de faire réduire ses loyers en proportion de la quantité enlevée ; n'est il pas juste qu'il subisse une augmentation s'il veut jouir de ce qui ne lui a pas été loué, de ce fonds nouveau que le propriétaire sera libre d'ailleurs de ne pas lui concéder.

On objecte le trouble que ce système va permettre d'apporter à la jouisance du preneur ; mais c'est là une question distincte, à régler entre le fermier et le bailleur, et l'obligation de garantie qui pèse sur ce dernier l'empêchera d'user du droit qui lui est reconnu d'une manière préjudiciable aux intérêts du locataire.

D. Il nous resterait à examiner à propos du bail un certain nombre de dispositions relatives aux risques renfermées dans le Code.

Les unes ont trait à la manière dont le locataire se trouve libéré de son obligation d'entretenir la chose louée (art. 1754) ou même de son obligation de la restituer, principalement lorsqu'elle a péri par incendie. (Art. 1733.) Sur ces divers points le Code civil formule des décisions qui ne sont qu'une application des principes du droit commun ; il suffit de se référer aux explications données précédemment sur l'effet libératoire du cas fortuit,

et sur la preuve qu'il comporte ; les textes en question y ont trouvé leur commentaire.

D'autres sont relatives à la portée des clauses par lesquelles l'un des contractants se charge des cas fortuits (art. 1772, 1773). Elles formulent ce principe qu'en cette matière les conventions sont libres et doivent être interprétées d'après la volonté des parties en présence ; nous croyons par cela même pouvoir les passer sous silence, ayant eu précédemment l'occasion d'examiner le principe lui-même, et de signaler les applications qu'il y a lieu d'en faire, applications qui ne soulèvent aucune difficulté sérieuse dans le contrat de louage.

§ 2.

*Bail à colonage partiaire.*

Le bail à colonage partiaire diffère du louage ordinaire principalement sous le rapport suivant : au lieu de consister en une somme d'argent, la redevance due pour la location consiste dans une portion des récoltes à provenir du fonds loué, un quart, la moitié, etc.

Les principes qui viennent d'être exposés touchant le contrat de bail ordinaire ne vont-ils pas par cela même se trouver modifiés ? et cette situation respective des contractants se partageant les produits du fonds n'aura-t-elle pas pour effet de rendre inutile et d'écarter l'application des

règles précédemment indiquées notamment en ce qui concerne l'indemnité due au fermier en cas de privation de jouissance ?

La loi du 18 juillet 1889 qui, dans notre droit, a organisé véritablement le bail à colonage partiaire, a résolu cette question en réglementant avec détail tout ce qui est relatif aux risques. Le Code civil lui-même ne contenait, en effet, au sujet de cette sorte de bail, qu'une seule disposition formulée incidemment dans l'art. 1771 ; il y réglait, relativement au propriétaire, les conséquences de la perte de la récolte survenue. Le législateur semblait ignorer les autres difficultés qui pouvaient s'élever, en tout cas il les passait sous silence, et par cela même les abandonnait aux controverses des interprètes.

Sous l'empire de la loi nouvelle les solutions applicables sont les suivantes :

Les choses comprises dans le bail viennent-elles à périr en totalité par cas fortuit ? Le contrat est résilié de plein droit faute d'objet.

La perte est-elle partielle ? Le preneur peut, non pas demander une diminution de prix, ce qui serait un non-sens dans l'espèce, mais réclamer la résiliation du contrat (art. 8) conformément au principe précédemment rencontré dans l'art. 1722. Le preneur peut avoir, en effet, intérêt à jouir d'un fonds d'une certaine étendue, de bâtiments d'une certaine importance, condition indispensable pour lui permettre de réaliser un bénéfice

suffisamment rémunérateur ; la privation de jouissance qu'il lui faut subir légitime donc le droit de résiliation qui lui est accordé.

Une innovation certaine, au contraire, et plus difficile à justifier est introduite en faveur du propriétaire :

Celui-ci est tenu de procurer et de garantir à son fermier la jouissance de la chose louée ; il est tenu de pourvoir aux réparations nécessaires pour le mettre à même de continuer son exploitation ; et son obligation à cet égard cesse seulement en cas de perte totale ou partielle des choses louées qu'il n'est tenu ni de remplacer ni de rétablir. (Art. 3 et 8.) Jusque-là on peut soutenir que l'on se trouve dans les termes du droit commun, sauf peut-être une latitude plus grande laissée au bailleur de ne pas procéder aux réfections nécessaires pour remettre les lieux loués en état, réfections qui pourraient l'entraîner à des frais hors de proportion avec l'intérêt qu'il a à la continuation du bail.

Mais où l'innovation apparaît, c'est lorsque la loi accorde au locateur le droit de demander la résiliation du contrat lorsqu'une partie des choses louées a péri par cas fortuit. (Art. 8.) Que ce droit appartienne au fermier, on le comprend aisément, nous en avons indiqué la raison ; qu'il soit également concédé au propriétaire c'est ce qui se conçoit plus difficilement ; ce dernier n'a pas en effet les mêmes motifs de se plaindre si l'exploi-

tation ne donne plus des résultats assez rémunérateurs ; en définitive il dépend de lui de remettre les choses en l'état et il sera bien obligé d'en venir là s'il veut retrouver le revenu qu'il retirait primitivement de son fonds. Quoi qu'il en soit, le texte est formel.

Lorsque la récolte périt en totalité ou pour une partie plus forte que la moitié, l'art. 9 de la loi de 1889 décide que le preneur n'a droit à aucune indemnité.

Cette solution qui a toujours été admise et remonte jusqu'au droit romain[1] est la conséquence même de la nature du bail dont il s'agit. Pour qu'il puisse y avoir lieu à une indemnité, c'est-à-dire à une remise de fermages, il faudrait que la redevance consistât en une somme fixe en principe ; consistant en une partie des fruits perçus, la règle n'a plus de raison de s'appliquer ; la perte qui atteint la récolte diminue d'autant le droit du propriétaire qui ne touche rien si tout a péri, et partage ainsi les bonnes et les mauvaises chances avec son fermier.

A vrai dire cependant les conséquences du préjudice éprouvé sont bien différentes pour l'un et pour l'autre. Le propriétaire, sauf le cas de perte totale recevra toujours quelque chose ; en tout cas il n'aura jamais rien à débourser. Le preneur au

1. L. 25, § 6, *Locati conducti*, D. 19, 2.

contraire pourra se trouver en perte en perdant le fruit de son travail et en ne recouvrant pas les dépenses diverses qu'il aura pu faire pour ensemencements et autres travaux nécessaires pour la culture du fonds. Mais ce résultat qui se retrouve d'ailleurs dans tous les baux à ferme, est la conséquence même de la situation respective des parties dans le contrat de louage.

L'art. 1771 du C. civ. qui, avant la nouvelle loi, résolvait implicitement cette question dans le même sens, décidait en outre que la perte de la récolte survenue après sa séparation du fonds, retombait également sur le bailleur, à moins que le fermier ne fût en demeure, à l'opposé de ce qui a lieu dans les autres baux. La même règle doit-elle s'appliquer sous l'empire de la loi de 1889: L'affirmative n'est pas douteuse. Si la loi récente ne décide pas expressément que l'art. 1771 est applicable, il ne l'abroge pas non plus ; ce texte doit donc recevoir son application fort légitime d'ailleurs ; le fermier et le propriétaire supportent en effet en commun les pertes diverses qui peuvent survenir au cours de l'exploitation du moment qu'elles sont le résultat d'un cas fortuit ; l'accident survenu à la récolte rentrant dans cette catégorie il doit retomber en principe sur l'un et l'autre des contractants.

§ 3.

*Du bail à cheptel.*

L'art. 1800 du C. civ. définit d'une manière générale le bail à cheptel : « Un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fonds de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner sous les conditions convenues entre elles. »

Ces conditions qui varient avec les diverses espèces de baux à cheptel donnent lieu, quant aux risques, à l'application de règles différentes qu'il nous faut passer rapidement en revue.

A. Dans le bail à cheptel simple « on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner à condition que le preneur profitera de la moitié du croît et qu'il supportera la moitié de la perte. » (Art. 1804.)

Dans notre ancien droit où ce contrat était usité, la légitimité d'une semblable répartition de la perte était contestée. C'est le bailleur en effet qui fournissait seul le troupeau, il en demeurait donc propriétaire, et en partant de là on niait la possibilité de partager ainsi la perte entre le propriétaire et le fermier, de faire supporter à celui-ci les risques de ce qui ne lui appartient pas.

Pothier [1] pour justifier ce contrat au point de

1. *Des cheptels*, n° 8 et s.

vue juridique se croyait obligé de recourir à une argumentation assez subtile. D'après lui, le bailleur en fournissant le troupeau tout entier était censé en fournir une moitié pour lui-même, l'autre pour le fermier qui n'avait pas le moyen de fournir sa part ; il était donc juste que ce dernier supportât la perte comme s'il avait fourni réellement une partie du troupeau. Le célèbre jurisconsulte ajoutait d'ailleurs cette raison autrement décisive que la convention des parties pouvait bien avoir pour effet de déplacer les risques et de les mettre à la charge de l'une des parties ; ce motif à lui seul aurait dû suffire à justifier la clause en question. Le preneur acquérait donc le droit de profiter de la moitié du croît, et en échange il s'obligeait à supporter la moitié de la perte qui pouvait se rencontrer à la fin du bail, cette perte fût-elle totale ou partielle, sans distinction entre les deux hypothèses.

Ce partage des risques par le preneur en retour de la chance de gain qu'il acquiert a été admis par le C. civ. mais dans une certaine mesure seulement.

Lorsque la perte du troupeau donné en cheptel est partielle, l'art. 1810 déclare qu'elle sera supportée en commun, « d'après le prix de l'estimation originaire, et celui de l'estimation à l'expiration du cheptel ». En revanche « si le cheptel périt en entier sans la faute du preneur, la perte en est pour le bailleur », solution évidem-

ment contradictoire et dont nous n'entreprendrons pas la justification car elle a pour résultat de donner au preneur, lorsqu'un accident est survenu, intérêt à la disparition totale du troupeau.

Nous n'avons pas à revenir à propos du cheptel sur quelques dispositions relatives aux risques dans ce contrat, et que nous avons déjà eu l'occasion de signaler.

C'est ainsi que l'art. 1808 du C. civ. déclare que le preneur est tenu en principe de prouver le cas fortuit qu'il allègue tandis que le bailleur est obligé de démontrer la faute qu'il impute au fermier. Cette disposition est une application des principes du droit commun ; sa présence en cet endroit du Code ne se concevrait même pas si l'on ne savait que certaines de nos coutumes avaient consacré la règle inverse d'après laquelle le preneur n'était pas tenu de prouver le cas fortuit qui avait amené la perte du troupeau et était présumé n'avoir pas commis de faute jusqu'à preuve contraire. Le projet primitif du Code avait adopté le même système, et c'est afin de le repousser d'une manière expresse qu'a été édictée la disposition de l'art. 1808.

Nous avons également signalé la décision de l'art. 1811 qui prohibe les clauses par lesquelles le preneur se chargerait de la perte totale survenue par cas fortuit ou accepterait de supporter dans la perte une part plus grande que dans le

profit. Nous avons indiqué les motifs de cette entrave apportée à la liberté des conventions, à savoir le désir de protéger le fermier contre sa pauvreté ou son ignorance; il n'y a pas à y insister davantage.

**B**. Le cheptel à moitié dont il est traité dans les art. 1818 et suivants « est une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux qui demeurent communs pour le profit ou pour la perte ».

La perte, même totale, se partage donc entre le preneur et le bailleur qui ont fourni l'un et l'autre la moitié du troupeau, lequel devient commun, et cet effet se produira en principe dès l'instant du contrat, conformément aux règles qui seront exposées à l'occasion du contrat de société. Du reste toutes les règles du cheptel simple s'appliquent en principe au cheptel à moitié (art. 1820), et on peut en dire autant du cheptel donné au colon partiaire d'après les termes mêmes de l'art. 1830.

**C**. Quant au cheptel donné au fermier pour faciliter l'exploitation de la terre louée, ou cheptel de fer, l'art. 1825 en met, sauf convention contraire, tous les risques à la charge du fermier, même ceux de la perte totale. Cette solution rigoureuse se justifie peut-être par cette considération que le preneur a seul tout le profit du cheptel et qu'il garde pour lui seul la plus-value qu'il peut

acquérir; au surplus la convention des parties peut toujours corriger ce que la règle légale peut avoir d'excessif.

§ 4

*Du Bail emphytéotique.*

Dans le droit romain c'est seulement à l'époque du Bas-Empire que le contrat d'emphytéose fut définitivement reconnu comme contrat distinct et reçut ses règles propres. Auparavant des contestations s'étaient élevées à son égard, et l'on discutait sur le point de savoir s'il fallait voir, dans ce contrat, une vente ou un louage, et selon les cas appliquer les principes admis dans l'un ou l'autre contrat.

D'un côté, en effet, l'emphytéote ayant un droit perpétuel sur le fonds qui lui était concédé, pouvant se comporter vis-à-vis de lui en maître, le transformer, en changer la nature, pouvait être facilement comparé à un propriétaire; il avait comme ce dernier un droit réel; la convention intervenue entre lui et le concédant pouvait donc être assimilée à une vente. Dans celle-ci les risques de la chose vendue passant immédiatement à l'acheteur, cette conclusion s'ensuivait naturellement: si le fonds donné en emphytéose venait à périr en tout ou en partie, le canon, la redevance modique et annuelle due par l'emphytéote devait

en principe continuer à être versée, car elle constituait le prix de la chose qui lui avait été cédée.

Et d'autre part, en raison du caractère périodique de la redevance à laquelle il est tenu, comment ne pas considérer l'emphytéote comme un locataire, et ne pas lui accorder une remise totale ou partielle si le fonds dont il jouit périt en tout ou en partie.

L'empereur Zénon fit cesser les discussions en décidant que l'emphytéose constituait un contrat ayant sa nature propre, et il régla la question des risques de la manière suivante [1] : la perte du fonds est-elle totale ? le canon cesse d'être dû par l'emphytéote qui ne peut plus jouir de l'objet de la concession ; la perte est-elle simplement partielle ? le canon continue à être dû pour le tout, il est considéré comme une reconnaissance de la propriété du concédant ou de ses ayants cause, et non comme l'équivalent de la jouissance de l'immeuble cédé [2].

Le contrat d'emphytéose passa dans notre ancien droit. Modifié souvent sous l'influence du régime féodal, il réussit cependant à se maintenir, surtout dans le Midi de la France, avec ses caractères propres, et les principes romains concernant les risques y furent appliqués d'une manière générale. La perte totale était pour le bail-

1. Nov., 120, §§ 1, 2,
2. § 3, Inst., *De locat. conduct.*, 3, 24.

leur qui cessait de pouvoir percevoir le canon ; la perte partielle était pour l'emphytéote dont la redevance n'était pas diminuée, puisqu'elle constituait surtout une reconnaissance du droit de propriété supérieur du bailleur [1].

Toutefois il y avait une tendance à faire fléchir cette dernière règle lorsque la redevance payée sous forme de canon était sensiblement proportionnelle au revenu du fonds. Elle était en pareil cas considérée comme l'équivalent de la jouissance procurée à l'emphytéote. Il en était de même lorsque le canon n'était pas fixé en bloc pour la totalité de l'immeuble concédé, mais à raison de tant par arpent ou par perche ; en semblable hypothèse une réduction du canon était possible en cas de perte partielle, le contrat d'emphytéose se rapprochant sensiblement dans l'espèce du bail proprement dit [2].

Dans notre droit, le contrat d'emphytéose existe-t-il encore ?

L'incertitude à cet égard provient, d'un côté de l'abolition des tenures féodales par les lois révolutionnaires, tenures au nombre desquelles on pourrait ranger l'emphytéose, et d'autre part du silence gardé sur ce contrat par le législateur moderne. En tout cas, et sans entrer dans les con-

1. Despeisse, p. 192. — Loisel, *Inst. cout.*, 1, 4, ch. 7, n° 20. — Denizart, v° *Emphytéose*.

2. Dumoulin, *Sur la cout. de Paris*, t. 2, § 85, gl. 1 à 50.

troverses élevées à cet égard, il est hors de doute que le contrat en question ne peut avoir une durée de plus de 99 ans [1], soit que l'on voie dans le preneur un simple locataire n'ayant sur l'immeuble concédé qu'un droit personnel comme celui qui résulte d'un bail ordinaire, soit qu'on le considère comme un emphytéote dans le sens traditionnel du mot, c'est-à-dire acquérant un véritable droit réel immobilier susceptible d'hypothèque. — Pour la question des risques, elle sera tranchée différemment selon l'opinion adoptée.

Si l'on nie l'existence de l'emphytéose dans notre droit, il faudra appliquer les principes ordinaires du louage, et accorder une remise des fermages en cas de perte partielle de l'immeuble ou d'une destruction de la récolte.

Si l'on admet au contraire, et c'est la théorie qui tend à triompher dans la jurisprudence [2], que le bail emphytéotique est possible dans notre droit, on est conduit à accepter la distinction traditionnelle entre la perte totale et la perte partielle, la première étant supportée par le bailleur, la seconde demeurant à la charge du preneur.

Il est vrai que pour justifier cette distinction, à l'heure actuelle, on ne saurait invoquer, comme dans

1. Décret des 18-29 juillet 1790.

2. Civ. 26 avril 1853, D. 53, 1, 145. — Req. 9 janvier 1854, D. 54, 1, 118. — Civ. 24 août 1857, D. 57, 1, 326. — Civ. 11 novembre 1861, D. 61, 1, 414. — Civ. 26 janvier 1864, D. 64, 1, 83. — Douai, 8 février 1873, D. Rp. S., v° *Louage emphyt.*, n° 13.

notre ancien droit, la différence existant entre le domaine éminent et le domaine utile ; on ne peut considérer le canon comme étant simplement la reconnaissance du droit de propriété du concédant ; une semblable explication serait inacceptable après la condamnation prononcée contre tout ce qui rappelle le régime féodal. Seulement on peut considérer la redevance, en général modique, imposée au preneur comme un véritable forfait. L'emphytéote profitera pendant un temps très long de toutes les améliorations de l'immeuble, de toutes les augmentations qui pourront en accroître la valeur ; en retour de ces avantages et de la modicité de la somme exigée de lui chaque année, il supportera les risques de la moins-value, des détériorations et même de la perte partielle de l'immeuble : — seule la perte totale pourra le libérer d'une redevance qui serait sans cause après la disparition du fonds.

Il convient d'ajouter que ce système a été adopté dans la partie du projet de Code rural relative à l'emphytéose, votée par le Sénat le 28 février 1882, mais restée depuis en suspens. En raison des réclamations en faveur du rétablissement, ou plus exactement de la réglementation du bail emphytéotique, le législateur a cru devoir se préoccuper d'intervenir sans avoir encore réussi cependant à édicter des dispositions définitives à ce sujet ; Toutefois l'art. 4 du projet destiné à avoir, un jour peut-être, force de loi, s'inspire certainement des

règles traditionnelles en cette matière, en disposant en ces termes : « Le preneur ne peut demander la réduction de la redevance pour cause de perte particlle du fonds, ni pour cause de stérilité ou de privation de toute récolte par suite de cas fortuits. » C'est la reproduction des principes qui ont régné dans le passé et qui doivent trouver encore leur application à l'heure actuelle.

## SECTION II

### Du louage de travail.

Dans les différentes variétés de louage de travail dont nous abordons l'examen, nous allons retrouver l'application du principe dont nous venons de constater d'une manière générale l'existence de louage de choses, à savoir la nécessité de l'exécution réelle de son obligation par l'une des parties pour pouvoir contraindre l'autre contractant à s'exécuter lui-même. Nous ne reviendrons pas sur la justification déjà présentée du principe, nous nous bornerons simplement à en constater l'application.

#### § 1er.

*Du louage d'ouvrage.*

I. *Droit romain.* — Les Romains, on le sait, ont appliqué au louage d'ouvrage, à la *locatio*

*operis*, la terminologie employée dans la *locatio rei:* pour qu'il y ait louage d'ouvrage il faut que celui qui commande (*locator*) fournisse un objet, une chose matérielle quelconque, sur laquelle l'autre contractant (*conductor*) exécutera le travail demandé. Mais en dépit des termes employés, il est hors de doute que, dans l'espèce, c'est le *locator* qui paie le prix convenu pour l'ouvrage commandé, et la question des risques se présente dans les termes suivants : si le *conductor* par suite d'un cas fortuit n'accomplit pas le travail convenu, le salaire promis sera-t-il dû ?

Avant d'examiner quelle réponse comporte cette difficulté, il importe de bien distinguer l'espèce qui nous occupe de quelques hypothèses voisines diversement appréciées par le droit romain.

Pour qu'il y ait *locatio operis* il faut, disons-nous, qu'il y ait remise d'une chose matérielle (*locatio*) au *conductor:* c'est là une condition essentielle hors de laquelle on se trouve en présence d'un contrat autre qu'une *locatio operis* et par suite appelant une solution différente.

Ainsi, qu'un individu s'oblige à fournir une chose, à fabriquer un objet en fournissant le travail et la matière, il n'y aura plus louage d'ouvrage, mais vente. Relativement aux risques ce seront alors les principes ordinaires en cas de vente de choses futures et indéterminées qui s'appliqueront : tant que l'objet n'aura pas été fabriqué

et accepté, les risques seront pour le débiteur[1].

Qu'il s'agisse au contraire pour l'un des contractants d'accomplir, moyennant salaire, un certain travail, d'exécuter certains actes sans qu'il y ait à lui confier un objet matériel sur lequel s'exercera son activité, sans qu'il ait lui-même à fournir une chose déterminée, on se trouvera alors en présence d'une *locatio operarum,* d'un louage de services, contrat qu'il nous faudra examiner spécialement et qui diffère de la *locatio operis* proprement dite.

Dans celle-ci la question des risques se trouve facilement réglée dans quelques hypothèses particulières.

Si l'entrepreneur de l'ouvrage par exemple, se trouve, sans sa faute, dans l'impossibilité d'exécuter le travail promis, il est hors de doute qu'il n'a droit à aucun salaire, il ne saurait exiger le prix convenu qu'en retour de l'exécution réelle de son obligation. Les risques sont donc pour lui, puisqu'il supporte la perte provenant de l'impossibilité de travailler.

En sens inverse si l'ouvrage est exécuté en entier et approuvé, ou exécuté partiellement et reçu pour partie par celui qui l'a commandé, il n'est pas moins certain qu'à Rome la perte est pour le *locator* qui a obtenu ce qu'il demandait; l'obliga-

1. L. 20, *De contr. empt.*, D. 18, 1,

tion prise par lui de payer un prix déterminé produit donc son effet.

Mais l'ouvrage ou la partie de l'ouvrage qui est déjà exécutée périt avant d'avoir été approuvée et reçue !

Que la matière fournie par le *locator* périsse en pareil cas pour le compte de ce dernier, rien de plus naturel ; c'est la conséquence directe de l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure ; l'ouvrier ne peut être tenu de restituer ce qui a péri sans sa faute. Mais celui-ci pourra-t-il en outre exiger le prix du travail déjà accompli et dont les résultats ont été forfuitement annihilés? — L'affirmative a été admise en droit romain et se trouve formellement consacrée à diverses reprises dans les textes[1].

Une restriction toutefois doit être apportée à cette règle. Le prix de l'ouvrage ne sera dû que si celui-ci avait été exécuté dans des conditions telles qu'il eût dû être approuvé par le *locator*, et ce sera au *conductor* de prouver l'accomplissement de cette condition, de même que ce sera à lui de démontrer l'existence du cas fortuit ou de la force majeure qui cause la ruine de son travail ; faute de faire cette preuve, ou si la cause de la perte est inconnue, l'ouvrage sera censé avoir péri par suite de malfaçon ; l'ouvrier ou l'entrepreneur en

1. LL. 32, 36, 59, 62, *Locat. cond.*, D. 19, 2.

sera donc responsable et il ne pourra réclamer aucun salaire. C'est en ce sens que la l. 36, *Locat. conduct.*, déclare que l'ouvrage, jusqu'à sa réception, est aux risques du *conductor ;* aux risques du *conductor* oui, si l'on entend par là que jusqu'à preuve contraire celui-ci est présumé en faute; les termes de la loi peuvent prêter à l'équivoque, il importe de bien en préciser la portée.

Quant à la raison juridique qui a pu conduire la doctrine romaine à mettre ainsi les risques à la charge du *locator,* il est assez difficile de la dégager.

A première vue, en effet, on se trouve en présence d'un contractant qui va se trouver obligé de payer un travail qu'il n'a pas accepté, qui ne lui a pas profité; dont il a même, pourrait-on dire, ignoré l'exécution. N'est-ce pas contraire au principe d'après lequel dans les contrats synallagmatiques chaque partie ne doit être tenue de remplir son obligation que si elle obtient effectivement la prestation à laquelle elle a droit.

Seulement il faut bien prendre aussi en considération ce fait que le *conductor* en définitive a fourni son travail; il peut paraître juste de l'en indemniser, même si par suite d'un cas fortuit le *locator* ne peut en profiter, pourvu que les conditions du contrat aient été exactement remplies. De plus, et c'est peut-être la raison décisive de la solution romaine, il n'est pas indifférent de re-

marquer que dans la *locatio operis* telle qu'elle est comprise à Rome, le travail du *conductor* s'est incorporé au fur et à mesure qu'il a été fourni, à la chose du *locator :* celui-ci en a eu, en quelque sorte, le profit immédiat : ce qui périt, ce n'est pas seulement la chose qu'il avait fournie, c'est la chose travaillée, transformée selon les instructions qu'il avait données ; il y a donc une raison juridique pour lui faire supporter la perte de l'ouvrage.

II. *Droit français.* — Les motifs qui viennent d'être indiqués avaient, dans notre ancien droit, entraîné la décision de Pothier lequel, conformément à la doctrine romaine, mettait les risques de l'ouvrage non encore approuvé et reçu à la charge du locateur, à la condition toutefois que le travail exécuté le fût de telle manière qu'il dût être approuvé [1]. — Dans quelle mesure le législateur moderne a-t-il sur ce point suivi son guide habituel ?

D'après l'art. 1587 C. civ. dans le louage d'ouvrage deux cas sont à distinguer : ou bien l'ouvrier fournit le travail et la matière en s'engageant à fabriquer un objet déterminé ; ou bien il fournit simplement le travail, la matière lui étant remise par celui qui commande l'ouvrage.

A. La matière est-elle fournie par l'ouvrier ?

1. *Du louage*, n° 433.

C'est pour celui-ci que sera la perte de la chose commandée si elle périt avant d'être livrée ou avant que le maître de l'ouvrage soit en demeure de la recevoir ; l'ouvrier perdra à la fois et les matériaux mis en œuvre par lui, et son travail ; c'est ce qui résulte de l'article 1788 aux termes duquel: « Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose. »

Cette solution peut se justifier de deux manières différentes :

Ou bien en effet, on verra dans l'espèce prévue par l'art. 1788 non pas un contrat de louage véritable, mais une vente ; c'était la manière de voir adoptée par le droit romain et par notre ancien droit, le point de vue accepté encore au moment des travaux préparatoires du Code : Le tribun Mouricault y déclarait formellement en effet que lorsque l'ouvrier fournissait la matière il y avait : « Une sorte de vente », et il n'est pas impossible de soutenir que le Code a consacré ce système en présence des termes de l'art. 1717 qui semble admettre un louage d'ouvrage dans le cas seulement où « la matière est fournie par celui pour lequel l'ouvrage se fait. »

Avec ce point de départ, la disposition de l'art. 1788 s'explique facilement. On se trouve en présence d'une vente portant sur une chose future,

indéterminée ; les risques passeront donc à l'acheteur seulement le jour où l'objet vendu sera spécialisé soit par la livraison, qui en transférera la propriété à l'acquéreur, soit par une mise en demeure adressée à celui-ci d'avoir à s'en livrer. C'est ce qui fut expliqué lors des travaux préparatoires : « Il (l'ouvrier) demeure propriétaire jusqu'à la confection de l'ouvrage, jusqu'au moment où il est en état et offre d'en faire la livraison. La chose demeure donc à ses risques jusque-là [1]. »

Il peut arriver il est vrai que la matière qui devra être travaillée soit spécifiée ; le maître de l'ouvrage aura choisi, par exemple, chez l'ouvrier tel morceau de marbre, telle pièce de bois qui devra servir à la confection de l'objet demandé. Mais dans ce cas les principes de la vente conditionnelle conduiront au même résultat que précédemment ; sauf convention expresse la vente sera supposée faite sous cette condition que la chose choisie sera livrée non pas telle qu'elle est au moment du contrat, mais après avoir été transformée par le travail de l'ouvrier : jusque-là le contrat demeure en suspens.

Si l'on repousse au contraire l'opinion qui voit dans l'hypothèse prévue par l'art. 1788 une vente ; si l'on veut y voir un contrat de louage véritable, et il paraît difficile de faire autrement en présence des termes de l'art. 1787, de la place qu'il

1. Fenet, 14, 340.

occupe au titre du contrat de louage, sous la rubrique « Des devis et marchés », il faut admettre que le législateur en mettant les risques à la charge de l'ouvrier a fait une application des principes déjà posés à propos du louage de choses ; il a considéré que le maître de l'ouvrage avait entendu s'obliger à payer non pas seulement en vue de l'engagement pris par l'autre contractant d'exécuter le travail promis, mais après avoir obtenu ou avoir été à même d'obtenir la jouissance effective de l'objet commandé : jusquà ce moment il ne doit rien.

La règle de l'art. 1788 s'applique-t-elle à l'entrepreneur qui, avec ses matériaux, élève une construction sur le fonds d'autrui?

La négative a été soutenue. La responsabilité de l'entrepreneur en pareil cas, a-t-on dit, est régie non par l'art. 1788, mais par l'art. 1792; celui-ci rend les architectes et entrepreneurs responsables seulement de leur faute, il laisse par conséquent les cas fortuits et autres accidents de force majeure qui peuvent survenir à la construction, à la charge du propriétaire. — Et en effet, l'art. 1788 vise uniquement le cas où l'ouvrier est demeuré, jusqu'au moment de la livraison, maître de la chose qu'il fabrique, libre d'en disposer sans que celui qui l'a commandée puisse s'en prétendre propriétaire. Or, dans l'hypothèse d'une construction sur le fonds d'autrui, il en est différemment.

Les matériaux fournis par l'entrepreneur deviennent, à mesure que le bâtiment s'élève, la propriété du maître du sol par droit d'accession, c'est donc pour lui que doit être la perte qui survient; l'art. 1788 cesse donc d'être applicable en pareil cas, et la solution se trouve dans l'art. 1792 qui fait supporter par l'entrepreneur le seul accident arrivé par le vice de la construction, c'est-à-dire par une faute de sa part.

Cette opinion doit être rejetée sans hésitation.

L'art. 1792 n'a qu'un but en effet, régler la durée de la responsabilité des architectes et des entrepreneurs lorsque le bâtiment étant achevé et livré, vient à périr par suite d'un vice de construction; il n'est nullement destiné à mettre à la charge du propriétaire les risques de l'édifice qui n'est ni achevé, ni approuvé même pour partie.

Cette question des risques dans le louage d'ouvrage est tranchée en principe par deux textes entre lesquels il faut choisir, soit par l'art. 1788, soit par l'art. 1790. Comme le premier vise, sans restriction, tous les cas où l'ouvrier fournit la matière sur laquelle il travaille, il s'applique donc à l'entrepreneur qui fournit les matériaux.

Dans l'espèce, il est vrai, le maître de l'ouvrage livre le sol, c'est-à-dire la chose principale, et cette considération avait fait admettre à Rome et dans notre ancien droit qu'il y avait là une *locatio operis* proprement dite, et non une vente de chose future comme dans les cas ordinaires où la ma-

tière est fournie par l'ouvrier ; mais qu'importe cette raison historique puisque, nous allons le voir avec l'art. 1790, le Code civil a consacré dans la dernière hypothèse du louage d'ouvrage qui nous reste à examiner une solution contraire à celle admise par l'ancien droit, et a mis également dans ce cas les risques à la charge de l'ouvrier.

On invoque l'accession ! Le propriétaire du fonds est devenu propriétaire des matériaux incorporés au sol, c'est pour lui qu'ils doivent périr ! Mais ne peut-on pas répondre que cette accession n'a lieu que d'après les principes applicables dans le louage d'ouvrage ; ne peut-on pas soutenir que le propriétaire du sol n'acquiert les matériaux en question que sous cette condition, si la construction est approuvée et reçue par lui, et par suite n'est-il pas juridique de ne pas mettre les risques à sa charge.

B. Lorsque l'ouvrier fournit uniquement son travail, la matière sur laquelle il opère lui étant fournie par le maître de l'ouvrage, la perte survenue par cas fortuit ou force majeure a pour effet de le libérer de son obligation de restituer ce qui lui a été confié, conformément aux principes du droit commun ; aux termes de l'article 1789 l'ouvrier ne répond en effet que de sa faute, il est par suite libéré par le cas fortuit.

C'est donc sur le propriétaire de la chose confiée à l'ouvrier pour être travaillée que retombe

l'accident qui fait périr l'objet en question, en ce sens tout au moins que ledit propriétaire perdra ce qui lui appartenait. Sera-t-il en outre tenu de payer à l'ouvrier un salaire proportionnel au travail effectué par celui-ci au moment où l'accident est arrivé encore qu'il n'y ait eu aucune vérification ou approbation ?

Nous venons de le voir, le droit romain et notre ancien droit se prononçaient pour l'affirmative. Le Code civ. a consacré la solution inverse.

Aux termes de l'art. 1790 l'ouvrier n'aura droit à son salaire qu'autant qu'il y aura eu vérification et acceptation soit totale, soit partielle de son ouvrage, ou que celui qui a commandé se trouvera en demeure de procéder à la réception : jusqu'à cet instant les accidents fortuits qui peuvent l'empêcher d'achever son travail sont à sa charge.

Dans son rapport au Tribunat, le tribun Mouricault prétendait justifier cette solution de la manière suivante : « Si la chose vient à périr par cas fortuit sans qu'il y ait de la faute ni du maître ni de l'entrepreneur, avant que l'ouvrage ait été reçu et avant que le maître ait été mis en demeure de le vérifier et de le recevoir, alors la perte se partage ; elle est à la charge du maître pour la chose et de l'ouvrier pour le travail, parce qu'ils sont demeurés propriétaires à part, l'un du travail, et l'autre de la chose. »

Au regard de l'ouvrier la raison invoquée est détestable. Son travail en effet s'incorpore aussitôt

à la chose même qu'il façonne ; il ne lui appartient plus au fur et à mesure qu'il l'exécute, il appartient en réalité au propriétaire même de cette chose, et il est absolument impossible de soutenir qu'il en demeure propriétaire à part. Logiquement on serait donc conduit à admettre que celui auquel appartient la chose doit payer le travail réellement effectué à l'occasion de celle-ci.

Si le législateur ne s'est cependant pas arrêté à cette solution, c'est qu'il a considéré que le propriétaire qui commande le travail doit être tenu de le payer uniquement s'il a été à même d'en profiter d'une manière effective. Il faut donc qu'il l'ait vérifié et l'ait fait sien en quelque sorte, ou tout au moins qu'une mise en demeure l'ait constitué en faute de ne pas procéder à cette vérification. Cette décision est assurément rigoureuse pour l'ouvrier, surtout lorsque le travail exécuté par lui était tel qu'il eût été approuvé par le maître ; elle présente tout au plus cet avantage d'éviter des contestations difficiles à trancher sur la quantité et la nature du travail effectué, sur le point de savoir si l'ouvrier n'a pas commis quelque malfaçon ou quelque maladresse, cause de la perte survenue, contestations dans lesquelles d'ailleurs le fardeau de la preuve serait pour celui qui réclame son salaire.

L'article 1790 réserve seulement à l'artisan le droit de demander le prix convenu lorsque la chose aura péri par son vice propre. Celui qui a fourni la matière qui périt ainsi peut être en effet

considéré comme étant en faute de n'avoir pas connu les défauts de ce qu'il livrait; en pareille circonstance il serait inique de faire perdre le fruit de son travail à l'ouvrier, à moins toutefois que celui-ci n'ait connu lui-même le vice de la chose : Dans ce cas il faudrait le considérer comme ayant accepté le risque de la perte qui pouvait survenir, en consentant à travailler sur un pareil objet.

§ 2.

*Du louage de services.*

**A.** — Ce contrat, par lequel un individu met ses facultés à la disposition de quelqu'un en s'engageant à consacrer ses forces et son activité à l'exécution du travail ou des divers travaux qui lui seront commandés, était assez peu pratiqué à Rome : le travail servile y remplaçait en effet à peu près complètement le travail libre : quelques décisions le concernant sont cependant parvenues jusqu'à nous.

La question des risques dans la *locatio operarum* pouvait se présenter de deux manières différentes :

Tantôt ce sera celui qui a commandé le travail, le *conductor* dans l'espèce, qui se trouvera par cas fortuit dans l'impossibilité de profiter des services de celui qu'il a engagé;

D'autres fois ce sera au contraire le *locator*

qui sera hors d'état de rendre les services qu'il avait promis ;

Dans quelle mesure, selon les cas, le salaire convenu sera-t-il dû pour des services qui n'ont pas été rendus ?

Dans la première hypothèse, lorsque le *conductor* se trouvait dans l'impossibilité de profiter des services de celui qu'il avait engagé, il devait néanmoins payer le salaire convenu si le *locator* s'était mis et était demeuré à la disposition de celui qui l'avait commandé. C'était une solution équitable puisque le *locator* avait été, par le contrat, empêché de tirer d'un autre côté parti de son travail, et elle comportait d'ailleurs ce tempérament : si le *locator* avait trouvé à utiliser ailleurs ses services, le salaire convenu ne lui était pas dû dans la mesure où il n'éprouvait aucun préjudice [1].

En sens inverse, si c'est le « *locator* » qui se trouvait hors d'état de fournir les services pour lesquels il a été engagé, il est hors de doute qu'il ne pouvait réclamer le salaire convenu pour un travail qu'il n'avait pas exécuté [2].

1. L. 38, l. 32 § 9, *Locat. conduct.*, D. 19, 2.

2 V. la solution spéciale donnée pour l'avocat que les textes rapprochent du *locator operarum:* Il pouvait garder les honoraires reçus dans le cas où un événement fortuit l'empêchait de prononcer sa plaidoirie. L. 1 § 13, *De extraord. cognit.*, D. 50, 13. — L. 38 § 1, *Loc. conduct.*, D. 19, 2. — L. 10, *De condict. ob caus. dat.*, C. 4, 6. — Dans notre droit il semble difficile d'assimiler le concours prêté par l'avocat au client à un louage d'ouvrage ou de services : La question des honoraires est plûtôt une affaire de délicatesse qu'une question de droit proprement dit.

B. — Notre ancien droit résolvait la question des risques dans le louage de services d'après les mêmes principes : le salaire était dû uniquement en raison et en proportion des services effectivement rendus, d'où les conséquences suivantes :

Le maître se trouvait-il, par suite d'un cas fortuit, sans sa faute, dans l'impossibilité de profiter des services de celui qu'il avait engagé ? Il avait par le fait même le droit de résilier le contrat sans dommages-intérêts, sans qu'un salaire fût dû à l'ouvrier, du moment que ce dernier toutefois n'avait pas été pendant un moment quelconque à la disposition effective de celui qui l'avait commandé [1].

Était-ce l'homme de service qui se trouvait hors d'état d'accomplir la besogne pour laquelle il avait été loué ? Il ne pouvait être question de dommages-intérêts puisqu'il n'y avait aucune faute de sa part ; mais les risques étaient assurément pour lui car il ne pouvait certainement pas exiger le salaire stipulé. Et la raison Pothier la donnait en fort bons termes : » « C'est que lorsqu'un homme me loue son service d'une année pour une certaine somme, cette somme que je m'oblige de lui donner est dans l'intention des parties contractantes le prix des services effectifs que je compte qu'il me rendra et non pas le prix du titre et de la qualité de mon serviteur. [2] » D'où cette

1. Pothier, *Du louage*, n° 165.
2. *Du louage*, n° 168.

conséquence : Le salaire sera dû au prorata de la durée pendant laquelle les services ont été effectivement rendus ; notamment dans le louage des gens de service engagés au mois ou à l'année il y aura lieu, en principe, à une réduction des loyers en cas de maladie, sauf, toutefois, l'hypothèse d'une indisposition de peu de durée dans laquelle le maître ne saurait être reçu à user de son droit avec la dernière rigueur.

C. — En l'absence de dispositions formelles à cet égard, les règles qui viennent d'être exposées doivent encore s'appliquer sous l'empire du Code civil.

Le salaire ne peut être dû à l'ouvrier, au domestique, qu'en raison des services qu'il a effectivement rendus, qu'en proportion du temps pendant lequel il a été à la disposition de celui qui l'a engagé : il n'a droit à aucune rémunération s'il n'a pu, par cas fortuit, remplir les obligations que lui impose le contrat.

De même si le maître se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de profiter des services de celui qu'il a engagé, il peut rompre le contrat sans dommages-intérêts, sans avoir, en principe, à payer une portion quelconque du salaire convenu pour des services qui ne lui ont pas été rendus.

Mais, à l'heure actuelle, la question des risques dans le louage de services, ou du moins dans

quelques espèces particulières de ce contrat, se présente encore sous un aspect tout à fait spécial et soulève dans un ordre d'idées tout différent des difficultés inconnues dans le passé et que nous ne saurions passer ici sous silence.

Nous entendons parler des accidents fortuits qui, dans l'industrie, peuvent atteindre l'ouvrier, lui occasionner des blessures ou amener sa mort, accidents que le développement de la grande industrie, avec la multiplication des machines puissantes et compliquées, ont rendu de plus en plus fréquents.

Deux questions surtout ont été discutées à propos de ces accidents du travail : l'une est une question de preuve et ne nous intéresse, dans la matière qui nous occupe, que d'une manière secondaire, l'autre a trait directement à la question des risques.

En premier lieu, à propos de la responsabilité que peut encourir le patron à l'occasion de l'accident survenu à l'ouvrier, on s'est demandé par quels principes devrait être réglée cette responsabilité.

L'ouvrier n'a-t-il droit à une indemnité qu'en se basant sur l'art. 1382, c'est-à-dire sur un fait engendrant à la charge du patron une obligation délictuelle, et imposant, par suite, à celui qui veut s'en prévaloir la nécessité de démontrer la faute commise envers lui par l'employeur, faute qui

aurait été la cause du préjudice éprouvé ?

Ou bien, en vertu même de son contrat, le patron est-il tenu spécialement de veiller à la sécurité de l'ouvrier? Est-il obligé de le rendre tel qu'il l'a reçu, indemne de toute détérioration, et par conséquent ne se trouve-t-il pas de plein droit responsable de tout accident survenu à moins qu'il ne justifie l'absence de toute faute de sa part?

En principe, au point de vue des risques, des accidents survenus par cas fortuit, la question est indifférente, car dans l'une et l'autre opinion on s'accorde pour reconnaître qu'il n'y aura pas lieu à indemnité si le dommage éprouvé par l'ouvrier est le résultat d'un cas fortuit. Mais en fait, cette question du fardeau de la preuve a bien son importance, car, selon la solution adoptée, tous les accidents dont la cause est inconnue, dont le caractère fortuit ou non ne peut être démontré, seront soit pour le patron, soit pour l'ouvrier qui ne peut faire la preuve demandée.

Nous ne saurions entrer ici dans les controverses multiples élevées à ce sujet : qu'il suffise d'indiquer les raisons principales qui portent à décider que, sous l'empire du Code civ., les questions de responsabilité entre patrons et ouvriers, sont, à tort ou à raison, régies par l'article 1382, c'est-à-dire par les principes de la responsabilité délictuelle.

Le contrat intervenu entre patron et ouvrier ne

traite en principe que de deux choses, du travail que l'un doit exécuter et du salaire que l'autre doit payer. Des précautions à prendre par l'employeur, de l'obligation pour celui-ci de protéger l'ouvrier contre tous accidents, il n'est nullement question dans la convention intervenue ; comment celle-ci pourrait-elle alors servir à régler les difficultés qu'elles peuvent soulever ?

Sans doute il faut tenir pour renfermées dans tout contrat les clauses qu'il est d'usage de sous-entendre. Mais encore faudrait-il démontrer que les parties sont tacitement convenues d'imposer au patron l'obligation dont il s'agit, or rien n'est moins certain.

Il faudrait plus encore, et pour imposer à l'employeur une responsabilité contractuelle, l'obligeant de plein droit à démontrer le caractère fortuit de l'accident survenu, il faut le considérer comme ayant pris l'engagement de rendre l'ouvrier tel qu'il le reçoit, en bon état, comme si celui-ci était non pas un être intelligent et capable d'initiative, mais une chose matérielle, un instrument inerte que le patron emprunte, et qu'il doit pouvoir restituer après s'en être servi. Que parfois cette assimilation ne soit pas fort éloignée de la vérité, rien n'est plus exact ; mais cette situation faite à l'ouvrier se rencontre seulement dans certaines industries, elle n'est pas vraie pour toutes les hypothèses où intervient un contrat de louage de services, des distinctions sont nécessaires, et

ces distinctions, fondées sans doute en raison, jusqu'à présent sont uniquement l'œuvre de la doctrine. On en chercherait en vain la trace dans les textes positifs, dans un Code qui n'a même pas cru devoir réglementer d'une manière tant soit peu détaillée le contrat de louage de services.

Que l'on fasse appel à l'intervention du législateur, que ce dernier tienne compte, s'il y a lieu, des nécessités économiques modernes, rien de mieux ; mais dans l'espèce l'intervention législative est certainement nécessaire pour appliquer entre patron et ouvrier les principes de la responsabilité contractuelle, responsabilité dont l'effet serait facilement éludé, dans l'état actuel des choses, par une de ces clauses de non-responsabilité, dont la validité à notre sens ne fait pas de doute.

La jurisprudence française est donc, au point de vue juridique, dans le vrai, en appliquant dans les rapports entre patrons et ouvriers, en l'absence de toute stipulation expresse, les principes de la responsabilité délictuelle écrits dans l'art. 1382, malgré les conséquences fâcheuses auxquelles cette application peut quelquefois conduire, conséquences auxquelles les tribunaux remédient d'ailleurs dans une large mesure en imposant au patron les règles de la diligence la plus stricte, en le rendant dans la plupart des cas responsable de la faute la plus légère commise par lui.

Seulement, quelque opinion que l'on adopte

dans cette controverse, que l'on fasse appel aux principes de la responsabilité contractuelle ou à ceux de la responsabilité délictuelle, que le fardeau de la preuve soit à la charge du patron ou de l'ouvrier, toutes les fois qu'il y aura cas fortuit démontré, le dommage éprouvé sera pour le compte de l'ouvrier qui n'aura droit à aucune indemnité, conformément à cette règle qui veut qu'il n'y ait pas de condamnation sans responsabilité.

Eh bien, il s'agit de savoir si cette règle dont l'existence à l'heure actuelle dans le contrat de travail n'est pas contestable, est encore de nos jours acceptable, si elle ne devrait pas au contraire être aujourd'hui, dans le louage d'industrie, renversée au profit du travailleur, et si celui-ci ne doit pas avoir le droit de se faire indemniser des accidents fortuits dont il a pu être victime au service du patron.

Cette question, sur laquelle les débats les plus vifs se sont élevés et s'élèvent encore, est celle des risques professionnels : il nous faut l'examiner, au moins dans ses grandes lignes.

Il est bien clair, tout d'abord, que les raisons de décider doivent être cherchées en dehors des principes du Code civil. Le législateur de 1804 a ignoré les difficultés qui pouvaient surgir entre patron et ouvrier relativement aux accidents de travail, il les a du moins laissées sous l'empire

du droit commun, et il s'agit précisément de rechercher s'il n'y a pas lieu de rejeter la solution à laquelle conduit l'application du droit commun, s'il ne convient pas d'apporter dans la circonstance une dérogation à ce principe certain de notre législation qu'il n'y a pas de responsabilité, pas d'indemnité due en dehors d'une faute commise.

Pour notre part, et sans nous étendre outre mesure sur un sujet qui à lui seul demanderait une étude spéciale, nous croyons que les raisons ne manquent pas qui doivent faire admettre et feront admettre, dans un avenir plus ou moins rapproché, le principe des risques professionnels par notre législation, le principe d'après lequel, dans l'industrie, le travailleur doit être indemnisé de l'accident survenu sans sa faute, au cours du travail.

Avec le système admis par la jurisprudence française, système conforme aux principes du Code civil et imposant à l'ouvrier l'obligation de prouver la faute du patron, on a fait remarquer en effet que les trois quarts des accidents survenus provenaient d'un cas fortuit, ou d'une cause qui ne pouvait être établie, et retombaient par suite sur l'ouvrier. En adoptant le système inverse, en imposant à l'employeur l'obligation de se disculper de toute faute, la proportion des accidents qui demeurent à la charge de l'ouvrier sans lui donner

droit à aucune indemnité est encore considérable et dépasse la moitié.

Or, est-il juste que ce dernier soit seul à supporter les conséquences de l'accident fortuit qui l'atteint pendant son travail, et que le patron au service duquel il a été blessé ou tué ne soit tenu en aucune façon de réparer le dommage causé? Oui, si l'on s'en tient aux principes juridiques consacrés par le Code civil : pas de faute, pas de réparation ; non, si l'on se place au point de vue de la relation existant entre le travail et la production, au point de vue de la situation faite à l'ouvrier dans l'industrie, si l'on accepte les principes d'organisation sociale qui tendent de plus en plus à se faire place dans les législations modernes.

On sait en effet quelle transformation profonde ont subi au cours de ce siècle les conditions du travail industriel. En raison des forces redoutables qu'il est appelé à diriger et à utiliser l'ouvrier se trouve actuellement exposé à des dangers multiples, dangers auxquels la diligence la plus grande, l'attention la plus soutenue ne peuvent le soustraire d'une manière complète ; fatalement, à un moment donné, parmi le personnel nombreux employé dans les ateliers et dans les usines, il se trouvera quelqu'un d'atteint par ces instruments au milieu desquels il vit et qu'il est chargé de manier. De même que dans le matériel-machines utilisé par l'industriel il se produit for-

cément à un instant ou à l'autre une détérioration, un accident quelconque, le même phénomène se reproduit non moins régulièrement pour ce que nous pouvons appeler le matériel-ouvrier nécessaire pour la mise en œuvre des instruments de production.

Or, dans le premier cas, l'accident survenu augmente le coût de la production, il s'ajoute aux frais généraux, il réduit les bénéfices et doit rentrer dans les prévisions de l'industriel : pourquoi en serait-il autrement dans la seconde hypothèse?

Le patron est obligé de compter avec le cas fortuit qui lui brise quelqu'un de ses outils : comment n'aurait-il pas à compter avec le cas fortuit qui brise l'instrument de production par excellence, le travailleur vivant et intelligent. Il doit normalement prévoir les dépenses de la première sorte, réserver une somme pour y faire face le cas échéant ; comment les autres lui seraient-elles indifférentes, puisque les unes et les autres sont également inévitables, sont la conséquence également forcée de toute production ; c'est ce résultat qui est inadmissible et que l'on écarte avec le principe du risque professionnel.

Ce n'est donc pas, comme on l'a dit, parce que le patron est plus riche, parce qu'il édifie sa fortune grâce au travail de l'ouvrier, que celui-ci doit avoir une indemnité en cas d'accident survenu sans sa faute, l'idée est mauvaise et peut conduire à des conséquences fâcheuses ; mais si une répa-

ration est due, c'est parce que tout phénomène de production s'accompagne à peu près fatalement de pertes dans le materiel employé et dans le personnel occupé ; que les unes et les autres doivent par conséquent rentrer également dans les frais généraux de production et être réparées au même titre. Il ne s'agit plus dès lors de questions de responsabilité ; celles-ci n'ont du moins qu'un rôle secondaire ; on se trouve en présence simplement d'un fait économique qu'une opération mathématique doit suffire à résoudre.

Que l'on n'objecte pas d'ailleurs, car l'objection a été faite, l'élévation des salaires dans certaines professions dangereuses : on prétendrait à tort voir dans cette élévation la compensation du danger plus grand couru par l'ouvrier, y trouver une sorte de prime d'assurance contre les accidents qui peuvent se produire.

D'une façon générale en effet le taux des salaires n'est nullement proportionné aux risque auxquels est exposé le travailleur ; il est déterminé par les circonstances les plus diverses. Le milieu, les difficultés de la profession, la longueur de l'apprentissage, d'autres causes encore contribuent à fixer ce taux ; en tout cas s'il est plus élevé en raison du danger couru, il est le prix de cette insécurité à laquelle s'expose l'ouvrier, et dont une indemnité pécuniaire ne compense jamais qu'imparfaitement les conséquences pour celui qui en est victime.

En principe il faut donc admettre la légitimité d'une réparation due à un ouvrier victime d'un cas fortuit ou même d'un accident causé par une faute légère de sa part, faute dont personne ne peut répondre d'être toujours exempt, et qui est une conséquence inévitable du travail auquel il est obligé.

Seulement, et c'est l'objection capitale faite au système, où s'arrêter avec une pareille théorie. Le principe s'appliquera-t-il uniquement à la grande industrie, et l'ouvrier aura-t-il, par suite, dans celle-ci une situation privilégiée que rien ne justifie ? L'étendra-t-on à la petite industrie, et alors comment cette dernière pourra-t-elle supporter la charge que l'on veut ainsi lui imposer ? Dans la grande industrie, répartis sur un grand nombre de têtes, les risques professionnels ne constitueront pas en général un fardeau trop lourd : dans la petite industrie la charge sera écrasante, un seul accident suffira pour ruiner le patron.

Il y a là une difficulté fort grave, difficulté de fait, non de principe, et dont un seul moyen se présente de sortir, moyen auquel certaines législations déjà n'ont pas hésité à recourir malgré ses inconvénients et ses dangers multiples, à savoir l'assurance obligatoire, assurance qui entraînera du même coup à peu près forcément une réglementation légale des indemnités dues en cas d'accidents fortuits, car ces indemnités il importe de ne pas en laisser le chiffre à l'arbitraire

des tribunaux afin de permettre de déterminer l'importance exacte des risques auxquels chaque industriel est exposé.

L'assurance qui répartira les pertes sur l'ensemble des industriels, telle est donc l'institution qui répond aux nécessités nouvelles que fait naître le contrat de travail. Mais ce serait évidemment sortir du cadre de notre étude que d'aborder cette question de l'assurance des risques professionnels. Disons seulement que de 1880 à 1887 dix projets de loi concernant les accidents de travail ont successivement apparu devant notre Parlement ; le 10 juillet 1888 la Chambre a même voté un projet substituant à la responsabilité du patron le principe du risque professionnel, avec un système d'assurance facultative et d'assurance mutuelle sous le contrôle de l'État : la loi ne put aboutir devant les remaniements qu'elle eut à subir au Sénat. Actuellement, depuis 1893, un autre projet consacrant le même principe est soumis aux délibérations de cette Assemblée et finira selon toute vraisemblance par aboutir à une loi définitive sur la matière[1].

Dans cette voie, et pour nous en tenir non aux simples projets, mais aux réformes réalisées, les législations allemandes nous ont depuis longtemps devancés. En Allemagne la loi du 6 juillet 1884,

1. Rejeté en février 1895.

complétée par les lois des 28 mai 1885, 15 mars et 5 mai 1886, 11 et 13 juillet 1887, a établi le principe de l'assurance obligatoire, en faisant supporter cette charge par le patron seul tenu d'acquitter les primes ; nous ne saurions d'ailleurs entrer dans l'examen de cette organisation qui groupe obligatoirement les patrons en un certain nombre de corporations professionnelles sous le contrôle de l'État représenté par l'Office impérial des assurances, et qui embrasse tous les classes ouvrières à l'exception des pêcheurs, artisans et domestiques.

L'Autriche par la loi du 28 décembre 1887 a suivi le même exemple, en apportant au principe admis en Allemagne un tempérament, c'est-à-dire en obligeant l'ouvrier à participer à la cotisation d'assurance pour un dixième lorsque son salaire dépasse un florin, tempérament qui se comprend si on voit dans l'assurance obligatoire une mesure d'équité édictée autant dans l'intérêt de l'ouvrier que dans celui du patron, qui ne se justifie plus au contraire si l'on envisage la prime d'assurance uniquement comme une partie des frais généraux inhérents à toute production.

### § 3.

*Du contrat de transport.*

Le contrat de transport constitue une variété particulière du louage de travail, variété distincte

des deux autres, du louage de services et du louage d'ouvrage proprement dit ; il en est du moins certainement ainsi dans notre droit aux termes de l'art. 1711 du Code civil. Il nous faut donc étudier cette convention comme un contrat spécial, contrat ayant sa nature propre et qui ne saurait en principe être assimilé soit au louage de services soit au louage d'ouvrage précédemment examinés.

Toutefois, si un rapprochement peut être opéré avec ces divers contrats, c'est avec le dernier surtout, avec le louage d'ouvrage qu'il y a lieu de le faire.

Le voiturier, l'entrepreneur de transport se charge en effet, moyennant une rétribution convenue, d'exécuter une opération déterminée ; il s'oblige à transporter telle marchandise de tel endroit dans tel autre, à faire parcourir à tel voyageur un itinéraire déterminé. Mais il ne se met pas, pour cela, à la disposition de celui qui l'emploie, comme un homme de service quelconque engagé pour faire telle besogne qui lui sera indiquée. Il entreprend au contraire une tâche bien définie, d'un caractère tout spécial et qu'il doit mener à bonne fin en se réservant et le choix et l'emploi des moyens d'exécution. Son engagement se rapproche donc, en principe, de celui par lequel un ouvrier s'oblige à fabriquer un objet désigné, ou un entrepreneur à édifier une construction déterminée, ouvrages qui ne leur donneront droit, en règle générale, à une rémunération

qu'autant qu'ils seront achevés, et reçus par celui pour le compte duquel ils s'exécutent. Cette constatation n'est pas sans importance au point de vue de la question qui nous occupe : s'il faut, pour résoudre les difficultés qui peuvent se présenter, recourir à des analogies, nous saurons où il convient d'aller les chercher.

A. Le droit romain qui s'est surtout préoccupé du contrat de transport en matière maritime, matière qui demeure en dehors de notre examen, donnait, en ce qui concerne les risques, les solutions suivantes, qui ne sont en somme que l'application pure et simple des principes du droit commun.

Tout d'abord, cela va de soi, le transporteur ne répondait pas de la perte des objets qui lui avaient été confiés lorsque cette perte survenait par cas fortuit ou force majeure ; il était en cette circonstance à l'abri de tout recours de la part de celui qui lui avait remis sa marchandise, même dans l'espèce prévue par la l. 31 *Locati conducti* [1] où le langage employé pourrait donner lieu à une confusion.

Dans ce texte il est question d'un entrepreneur qui se charge de transporter des choses fongibles de même nature, du blé dans l'espèce, appartenant à divers propriétaires ; ces choses sont chargées ensemble sans distinction entre la propriété de

1. D. 19, 2.

ceux auxquels elles appartiennent, et la loi déclare qu'elles sont aux risques de ceux qui les ont chargées, bien qu'elles appartiennent à l'entrepreneur de transport. Mais cette propriété du transporteur, qui rend à première vue assez singulière la solution proposée, doit s'entendre en ce sens seulement qu'il n'est pas tenu de rendre à chacun des chargeurs les marchandises mêmes remises par ce dernier, mais seulement la quantité reçue; aussi, tout en étant débiteur de choses de genre, il ne doit acquitter sa dette qu'à l'aide du genre limité, c'est-à-dire du chargement, qui lui est confié ; il est donc fort légitimement libéré par la perte survenue par cas fortuit.

En ce qui concerne le prix auquel il a droit pour le transport convenu, il est hors de doute que l'entrepreneur ne saurait songer à le réclamer si un événement de force majeure l'avait empêché lui-même complètement d'exécuter le contrat.

Mais que décider dans l'hypothèse où le transport a été exécuté en partie et où la marchandise vient à périr par cas fortuit? Aura-t-il droit à un prix proportionnel au parcours effectué, parcours qui devient inutile par suite de l'accident survenu ? La loi 15 § 6 *Locati* semble donner la réponse en déclarant, à propos du transport maritime, que le prix ne sera pas dû parce que, en fait, l'entrepreneur n'a n'a pas exécuté son obligation, il n'a pas transporté effectivement les marchandises au lieu convenu,

il n'a donc pas tenu un engagement qui doit être rempli entièrement pour donner droit à un salaire quelconque ; le texte prend soin d'ailleurs d'ajouter que sa décision est générale et n'est pas limitée au seul transport par eau.

Un doute subsiste cependant sur la portée véritable de la loi en question ; ses termes ne sont pas tellement précis qu'on ne puisse se demander si la décision donnée par elle ne s'applique pas uniquement au cas où l'accident est survenu avant le commencement du voyage et l'a complètement empêché. Et même, tout en rejetant cette manière de voir, il est possible de soutenir, et on l'a soutenu, que si le prix du transport n'était pas dû pour la portion du voyage non effectuée, il était acquis au contraire pour l'autre, dans la mesure où le voiturier avait effectivement rempli son obligation. Ces contestations ne permettent donc pas de considérer la question comme ayant été nettement tranchée à Rome.

B. Nous ne nous arrêterons pas à signaler dans notre ancien droit l'application faite au contrat de transport des principes du droit commun concernant la responsabilité et la libération du voiturier.

Pour ce qui a trait plus spécialement au dernier point qui vient d'être examiné, disons cependant que la question de savoir si le prix du transport est dû pour des marchandises qui ne sont pas arrivées à destination et ont péri en route par cas

fortuit, avait été tranchée d'une façon formelle pour le transport maritime, le seul dans lequel elle présentât alors un réel intérêt en raison des quantités transportées et de l'importance du prix convenu. Elle était résolue par l'ordonnance sur la marine de 1681 en ce sens que le fret n'était pas dû, soit totalement, soit partiellement, en cas de perte totale ou partielle du chargement.

Pour justifier cette décision Pothier invoquait ce motif qu'il importait de ne pas ajouter une nouvelle perte à celle, déjà si considérable, éprouvée par le chargeur[1]; c'était là une raison de fait, non de principe, dont, selon toute apparence, il n'y avait pas à étendre l'application. Cela paraît d'autant plus probable, que la solution de l'ordonnance elle-même ne laissait pas d'être fort contestée au point de vue de l'équité; le fret paraissait en effet, à certains auteurs, légitimement dû, même en cas de perte totale des objets transportés, en raison du travail et des efforts qu'avait exigé l'exécution, même simplement partielle, du contrat. En dehors du droit maritime la décision de l'ordonnance ne devait donc pas trouver à s'appliquer.

C. En ce qui concerne les accidents fortuits qui peuvent survenir et modifier la situation des parties contractantes dans le contrat de transport,

1. *Du louage maritime*, n° 63.

le Code civil ne prévoit et ne résout expressément qu'une seule hypothèse.

*a)*. D'après l'article 1784, les voituriers « sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure ». Cette disposition que l'on a parfois qualifiée de rigoureuse en tant qu'elle met à la charge du voiturier la preuve du cas fortuit qu'il allègue pour sa libération, ne renferme cependant qu'une application des principes du droit commun. C'est, en thèse générale, à celui auquel une chose a été confiée à démontrer qu'il l'a perdue sans une faute de sa part; ce n'est pas au réclamant qui se prévaut du contrat et apporte la preuve de la remise faite par lui, à établir que la perte survenue est la conséquence de la faute de l'autre contractant: nous n'avons pas à revenir sur cette démonstration précédemment établie.

Il faut, au surplus, reconnaître que la règle de l'article 1784, loin d'être d'une rigueur exagérée, se justifie fort bien par l'impossibilité absolue où se trouve, dans la plupart des cas, l'expéditeur d'un colis, d'une marchandise quelconque, de surveiller les objets qu'il envoie, de les suivre dans les manipulations diverses que leur font subir les agents de la compagnie de transport à laquelle le plus souvent il se sera adressé.

Faut-il aller, en sens inverse, jusqu'à réclamer contre celle-ci une responsabilité particulière, ne pas l'autoriser, comme on l'a demandé, à se disculper en prouvant le cas fortuit, et l'obliger, pour échapper à une condamnation, à prouver l'existence d'une force majeure en donnant à ce terme une signification spéciale sur laquelle nous eu avons l'occasion de nous expliquer ? Nous ne le pensons pas, et, à notre sens, les règles du droit commun sagement appliquées suffisent amplement à sauvegarder les intérêts de celui qui est obligé de recourir aux services d'un voiturier, fût-il une de nos grandes compagnies de transport.

Sans doute il ne sera pas toujours facile à celui pour le compte duquel voyagent les marchandises de combattre les preuves que lui apportera le transporteur pour établir le cas fortuit et se prétendre dégagé de toute responsabilité, et c'est une des raisons sérieuses pour lesquelles on a prétendu imposer à ce dernier des règles de responsabilité toutes spéciales. Mais il ne faut pas oublier non plus combien il sera souvent difficile audit voiturier de se procurer ces mêmes preuves et de démontrer que l'accident survenu aux objets qui lui ont été confiés ne lui est pas imputable ; il ne faut pas perdre de vue ce fait qu'il supportera fréquemment les conséquences de cas fortuits, faute de pouvoir établir le caractère d'événements dont il ne devrait pas en réalité répondre. Il n'y a donc pas de raison décisive

pour aggraver à son égard les conséquences du droit commun et pour lui imposer l'obligation non pas seulement de réparer les suites de sa faute, mais encore de garantir en quelque sorte le chargeur des conséquences des cas fortuits.

L'article 1784 dont la conformité aux règles ordinaires du droit n'ést pas contestable, ne vise en propres termes que les transports de choses matérielles, animées ou inanimées. Les mêmes principes s'appliquent-ils au transport des personnes ? Et pour prendre un exemple, une compagnie de chemins de fer répond-elle de plein droit des accidents qui peuvent arriver aux voyageurs, sauf à démontrer qu'ils proviennent d'un cas fortuit ou même de la faute de la victime ?

Quoique délicate, la question doit être résolue, à notre avis, par l'affirmative. Par le contrat intervenu entre lui et la compagnie, celle-ci s'est-elle ou non engagée à transporter le voyageur en prenant toutes les mesures nécessaires pour assurer sa sécurité ; est-elle obligée de faire en sorte de lui éviter dans la mesure du possible tous les accidents ? Toute la question est là, et comme la réponse ne saurait être douteuse, il s'ensuit qu'entre le transporteur et le voyageur ce sont les règles ordinaires de la responsabilité contractuelle qui s'appliquent, et nous savons quelles en sont les conséquences au point de vue du fardeau de la preuve. Il suffira donc au voya-

geur de prouver deux choses, d'abord le contrat de transport, et en second lieu le dommage qui en est résulté pour lui ; il n'aura pas à prouver la faute de la compagnie pour avoir le droit de lui réclamer une indemnité.

Une objection a été faite cependant. Entre de simples marchandises, animées ou inanimées, et un voyageur, il y a une différence essentielle : L'entrepreneur de transport a la garde des premières, il peut prendre à leur égard toutes les mesures qu'il juge utiles pour leur conservation ; on ne peut dire qu'il ait aussi la garde du voyageur. Celui-ci ne peut être assimilé à un colis quelconque ; il est libre d'aller et de venir, d'interrompre son voyage où bon lui semble, de se conformer ou non aux règlements qui peuvent être établis ; il doit donc avant tout être lui-même son propre gardien et savoir se protéger lui-même contre les accidents auxquels il peut se trouver exposé, et dont il est victime souvent par sa propre imprudence. Ce sera donc à lui de démontrer la faute du voiturier et d'établir que celui-ci a manqué à son engagement.

Sans nier la valeur de ces considérations, elles ne sont pas suffisantes cependant pour écarter l'application des règles ordinaires du droit dans le transport des personnes. Si le voyageur jouit d'une liberté et d'une initiative qui ne permettent pas de l'assimiler aux choses ordinaires, cela ne modifie en rien l'obligation contractuelle de

l'entrepreneur de veiller à la sécurité de ceux qu'il transporte et de prouver, par suite, que l'accident survenu est la conséquence d'un cas fortuit ou même de la faute de celui qui en est atteint.

On insiste cependant. Une compagnie de chemins de fer ne saurait être rendue responsable de la disparition d'un voyageur comme elle l'est d'un colis qui lui est confié? — Mais l'objection ainsi présentée est trop absolue. Non, en principe, on ne peut rendre la compagnie responsable de la disparition d'un voyageur, mais quelle en est la raison ? C'est qu'il ne suffit pas de prouver le contrat intervenu entre elle et l'individu disparu, il faut encore démontrer que l'accident survenu à cet individu est le résultat du transport lui-même, ce qui n'apparaît pas à première vue en cas de disparition. Mais, par exemple, si le voyageur disparaissait sans laisser de traces dans une de ces catastrophes dont il y a des exemples, comme la rupture d'un pont ou l'incendie d'un train, il serait difficile de ne pas en rendre la compagnie responsable, à moins qu'elle ne prouvât le caractère fortuit de l'accident.

*b).* Le voiturier est libéré de son obligation de restituer la chose qui lui a été confiée en prouvant la perte survenue par cas fortuit : aura-t-il droit au prix du transport effectué jusqu'au moment où la perte est survenue?

Une distinction doit être faite.

Si les marchandises ont été simplement détériorées par cas fortuit et sont arrivées néanmoins à destination, le prix du transport est dû; le voiturier a exécuté en effet complètement l'engagement qu'il avait pris; le préjudice éprouvé par le propriétaire des objets expédiés n'est pas imputable à ce transporteur, il n'y a par suite aucune raison pour refuser à ce dernier le salaire auquel il a droit.

Les marchandises ont-elles péri, au contraire, en tout ou en partie? Il est plus douteux que le prix du transport puisse être exigé dans le premier cas, ou ne doive pas subir une réduction dans le second.

Malgré l'absence de disposition formelle sur ce point, il faut admettre, croyons-nous, qu'en pareil cas le voiturier ne pourra rien réclamer ou ne pourra exiger qu'une fraction du prix proportionnelle à la quantité de marchandises qu'il aura conduites jusqu'à destination. L'entrepreneur s'est en effet engagé à effectuer une opération déterminée, à transporter une quantité donnée de marchandises dans un lieu désigné; un prix a été convenu pour le cas où l'engagement ainsi pris serait tenu; si un cas fortuit en empêche l'exécution, rien ne doit être payé: la perte des marchandises est pour l'expéditeur ou pour celui au compte de qui elles voyagent, la perte du prix du transport pour le voiturier.

En faveur de cette solution on peut invoquer un argument d'analogie tiré de la disposition de l'art. 1790, qui fait supporter par l'ouvrier l'accident survenu à la chose qui lui a été remise et à laquelle il a travaillé, en ne lui accordant droit à aucun salaire pour son travail lorsque la perte survient avant la réception de l'objet, avant que l'ouvrage ait été achevé en entier.

Le droit maritime fournit un argument plus décisif encore, en décidant que le fret n'est pas dû en cas de perte des marchandises chargées à bord d'un navire : le chargeur, en pareille circonstance, perd ses marchandises, le capitaine perd son fret. (Art. 302 C. com.) La raison spéciale qui peut être invoquée dans l'espèce, la nécessité de donner au capitaine le plus grand intérêt à la conservation des marchandises qui lui sont confiées, cette raison trouve à s'appliquer également dans les autres hypothèses de transport ; elle n'est pas d'ailleurs à elle seule déterminante, et il faut chercher le fondement de la décision donnée dans la nature même du contrat de transport, de l'engagement pris par le voiturier [1].

On a objecté qu'il serait parfois très dur de refuser tout salaire à l'individu qui a entrepris le transport d'un objet [2]. Vous chargez quelqu'un de vous porter une chose déterminée à un endroit

1. Danjon, *Revue de droit international maritime*, 1886-1887, p. 629. — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. 3, n° 692.

2. Boistel, *Droit commercial*, n° 1264.

déterminé; il est attaqué et dévalisé en route; comment ne pas lui accorder cependant la rémunération à laquelle il a droit, au moins pour la partie de voyage qu'il a réellement effectuée et qui lui a valu l'aventure en question?— Mais avant de refuser tout salaire il faudrait d'abord examiner si, dans l'espèce proposée, on ne se trouve pas en présence d'un louage de services ordinaire et non pas d'un contrat véritable de transport; la distinction, toute de fait, ne laisserait pas de modifier, en effet, considérablement la décision à intervenir. Mais si l'on se trouve réellement en face d'un contrat de transport, il faut s'en tenir à la solution indiquée, laquelle n'est pas plus inacceptable que celle qui refuse tout salaire à l'ouvrier qui voit périr un objet auquel il a travaillé et qui est presque achevé. Il est hors de doute d'ailleurs que le prix du transport serait dû, au moins jusqu'à concurrence du parcours effectué, si les objets voiturés périssaient par leur vice propre: il y aurait là, en quelque sorte, une faute de la part de l'expéditeur, et l'art. 1790 fournit encore dans l'espèce un argument d'analogie suffisamment probant pour entraîner la conviction.

Ajoutons encore que la solution qui vient d'être donnée s'appliquerait également au transport des voyageurs: le prix sera dû si le voyageur est seulement blessé par cas fortuit et arrive néanmoins à destination; il ne pourra être réclamé ou devra être restitué s'il était tué. Quant à la mort

naturelle survenue en cours de route, il faudrait l'assimiler au vice propre de la chose : le transporteur pourrait néanmoins réclamer une rémunération proportionnée au parcours effectué.

*c).* Au lieu d'une perte totale ou partielle des objets remis au voiturier, on peut supposer un événement fortuit empêchant celui-ci d'exécuter son obligation.

Qu'il n'ait droit à aucun salaire si le voyage n'est pas commencé, rien de plus naturel et de plus légitime, et ce point n'a jamais été contesté.

Que décider en revanche dans l'hypothèse où l'empêchement survient après une partie du transport effectuée ? Une fraction du prix proportionnelle à la distance parcourue sera-t-elle due ?

En principe non, sauf dérogation résultant de la convention des parties. Le voiturier a entrepris en effet une opération déterminée, il ne peut l'achever par suite d'un cas fortuit, il ne doit avoir droit à aucun salaire pas plus qu'un ouvrier qui n'accomplirait pas entièrement l'ouvrage qu'il s'est engagé à exécuter.

Seulement à ce principe il y a un tempérament. En accomplissant une partie du parcours le voiturier peut avoir rendu service à l'expéditeur qui aura un trajet moins long à faire parcourir à ses marchandises pour leur permettre d'arriver à destination ; les marchandises elles-mêmes, en supposant qu'il fût inutile de leur faire continuer

le voyage, soit parce qu'elles arriveraient trop tard, soit parce que les moyens de transport sont insuffisants, peuvent avoir bénéficié d'une partie de la plus-value totale que le transport était destiné à leur procurer; dans tous ces cas il n'est pas douteux que le prix du transport ne puisse être réclamé en raison et dans la mesure du service rendu.

En matière maritime l'art. 296 du C. com. accorde, lorsque le navire ne peut continuer sa route, une partie du fret proportionnelle au parcours effectué, sans rechercher si le chargeur profite ou non de la partie du voyage accomplie. Mais cette règle qui a l'avantage d'éviter des difficultés d'appréciation presque impossibles à résoudre est spéciale au droit maritime; on ne saurait l'étendre aux contrats de transport ordinaires pour lesquels elle n'a pas été écrite, pas plus qu'on ne saurait appliquer à ces derniers la disposition de l'art. 299 du C. com. donnant droit au capitaine d'exiger le fret de l'aller lorsque, par suite d'une interdiction de commerce survenue avec le pays de destination, il est obligé de revenir à son point de départ: en l'absence d'une disposition formelle à cet égard, il faut donc s'en tenir à la solution ci-dessus indiquée laquelle résulte de la nature même du contrat de transport.

*d).* Une dernière hypothèse reste à examiner dans laquelle la situation des parties en présence se trouve encore modifiée dans ce contrat.

Un expéditeur a traité en vue du transport d'une certaine quantité de marchandises déterminées : le voiturier s'est engagé à lui fournir le nombre de véhicules nécessaires à cet effet, et avant le chargement opéré ou la remise des marchandises au transporteur effectuée, celles-ci périssent par cas fortuit. Il n'est pas douteux qu'en pareille circonstance l'expéditeur qui ne rompt pas le contrat par sa faute ne saurait encourir une condamnation à des dommages-intérêts en ne remplaçant pas ce qui a péri, afin de donner au voiturier l'occasion d'exécuter le transport convenu ; ce dernier n'aurait même droit en principe à aucune indemnité pour les dépenses qu'il pourrait avoir faites en vue d'exécuter son contrat : il est comme l'expéditeur, et chacun en ce qui le concerne, victime du cas fortuit.

Il en serait ainsi lors même que, traitant avec une entreprise comme une compagnie de chemins de fer, l'expéditeur aurait retenu un certain nombre de wagons et les aurait effectivement eus à sa disposition, si aucune faute, si aucun retard dans le chargement et l'expédition ne pouvait lui être reproché. Malgré les apparences on se trouve en présence, non d'un louage de choses, mais d'un véritable contrat de transport ; si l'expéditeur ne peut exécuter son engagement c'est par suite d'un cas fortuit qui atteint indirectement le voiturier ; celui-ci n'aura donc droit à aucune rémunération pour un ouvrage qu'il n'a pas exécuté.

Cette décision trouve d'ailleurs un appui dans la loi du 18 juillet 1860 relative au transport des émigrants. L'art. 6 de cette loi décide en effet que le décès ou la maladie de l'émigrant survenue avant le départ est une cause de résiliation du contrat et oblige l'entrepreneur de transport à restituer le prix de la traversée; il n'y a aucune raison pour ne pas généraliser cette solution et l'appliquer à toute espèce de transport.

## CHAPITRE VIII.

### DE LA SOCIÉTÉ.

Le contrat de société peut se définir : Une convention par laquelle plusieurs personnes s'obligent à mettre en commun certains biens dans l'intention de les exploiter ensemble et de partager les bénéfices à provenir de l'entreprise.

Dans ce contrat la question des risques se présente sous des aspects différents et soulève des difficultés dont les unes rappellent celles qui viennent d'être examinées à propos de la vente et du louage, les autres sont propres à la convention dont il s'agit.

Ainsi, la chose que l'un des associés s'engage à mettre en commun est périe au moment où la convention intervient : le contrat de société peut-il se former ? — Ou bien encore le contrat est formé, mais avant que l'objet promis par l'un des contractants ait été réellement apporté, avant qu'il ait été livré à la société et soit devenu la propriété de cette dernière, il périt par cas fortuit : sur qui doit retomber la perte ? Est-ce sur l'associé qui, ne réalisant pas la promesse par lui faite, devra être exclu de la société, laquelle d'ailleurs se trouvera en principe dissoute ? Est-ce sur la société qui, survivant néanmoins à l'accident sur-

venu, devra laisser prendre à l'associé, dans les bénéfices et dans le fonds social, la part primitivement convenue ?

Ces questions se rapprochent évidemment de celles discutées précédemment à propos de la vente, lorsqu'il s'agissait de savoir si ce dernier contrat peut se former faute d'objet ou si les risques y passent immédiatement à l'acheteur indépendamment de toute tradition, de tout transfert de propriété ; elles se rapprochent encore de celles examinées à l'occasion du louage lorsqu'il s'agissait d'établir que le loyer n'est dû qu'en proportion de la jouissance de la chose procurée au locataire, ou des services rendus par celui qui s'engage à travailler pour autrui; on peut ajouter que la solution adoptée dans les hypothèses en question peut n'être pas sans influence sur celle à intervenir dans les cas qu'il nous faut maintenant examiner.

Plus spéciales au contrat de société sont les contestations qui peuvent surgir au sujet de la répartition des pertes provenant de l'exploitation du fonds social et atteignant ce fonds lui-même, ou encore sur les indemnités dues à l'un des associés en raison des accidents fortuits dont il a été victime au service de la société ; le législateur n'a pas cru à cette occasion son intervention inutile, et ce sont précisément les difficultés que soulève l'interprétation donnée par lui à la volonté des

parties contractantes qu'il nous faut surtout examiner.

I. *Droit romain.* — A. Au moment où le contrat de société intervient, la chose que l'un des associés s'oblige à mettre en commun a déjà péri par cas fortuit : il est hors de doute qu'en pareil cas le contrat est non avenu. Un apport par chacun des associés est un des éléments essentiels du contrat : cet apport n'existant pas, la société ne peut pas se former, pas plus qu'il ne pourrait être question de la vente ou du louage d'un objet qui aurait cessé d'exister.

B. L'accident survient seulement le contrat une fois formé :

Que l'associé n'encoure aucune condamnation faute de réaliser son apport, c'est ce qui est hors de question ici ; mais va-t-il supporter la perte survenue dans le sens que nous avons indiqué, ou bien celle-ci va-t-elle être à la charge de la société. — La difficulté se résolvait à Rome par une distinction fondée sur la nature de l'apport que le cas fortuit empêchait de réaliser. L'associé pouvait avoir promis soit un corps certain, soit des choses de genre ; il pouvait s'être engagé à mettre en commun soit la propriété, soit simplement la jouissance des objets en question ; enfin, son apport pouvait consister simplement dans son travail, dans son activité, qu'il s'était

obligé à mettre au service de la société : selon les cas la solution était différente. [1]

*a).* L'apport consiste-t-il dans un corps certain, déterminé, et la convention oblige-t-elle l'associé à mettre en commun la propriété de cet apport ? La perte survenue après le contrat intervenu retombera sur la société, même si l'objet promis périt avant toute tradition opérée, avant d'avoir été mis d'une façon quelconque à la disposition de la société : comme dans la vente et apparemment pour de raisons analogues, « *res perit creditori* ».

*b).* Est-ce la jouissance seule de la chose qui devait être mise en commun, la propriété demeurant en dehors de la convention ? La perte sera pour l'associé qui se trouve dans l'impossibilité de réaliser l'engagement pris par lui, engagement qui consiste à exécuter un fait successif, à procurer la jouissance d'un objet déterminé à la société ; dans le bail, le locateur n'a droit à aucun loyer si le preneur ne peut profiter de la chose louée, de même l'associé ne peut prétendre à aucune part de bénéfices si la société ne peut jouir de la chose promise.

Cette différence entre l'apport en propriété

1. Il ne s'agit ici que des sociétés à titre particulier : dans les sociétés à titre universel, *omnium bonorum* ou *omnium quæ ex quæstu veniunt*, ces distinctions n'ont pas leur raison d'être.

et l'apport en jouissance seulement peut se déduire de la solution donnée par la loi 58 *pro socio* [1], dans une espèce qui n'a pas laissé d'exercer la sagacité des interprètes.

Prévoyant le cas où deux personnes conviennent de mettre en commun, l'une trois chevaux, l'autre un seul pour en former un quadrige, Ulpien recherche si la société serait dissoute dans le cas ou l'un des animaux fourni par les associés viendrait à périr et il tranche la difficulté de la manière suivante :

Les parties sont-elles convenues de mettre leurs chevaux en commun uniquement dans le but de les vendre plus avantageusement et d'en partager le prix, sans avoir en aucune façon l'intention de mettre en commun la propriété, ce qui serait fort inutile pour le résultat à atteindre? La perte survenue avant la vente effectuée sera pour l'associé dont le cheval est mort; cet associé ne peut plus en effet exécuter le fait promis par lui, il lui est impossible de tenir son engagement, la société est donc dissoute, autrement dit la perte retombe sur lui puisqu'il ne peut la faire partager à l'autre contractant.

A-t-il été entendu au contraire que ce n'est pas seulement le prix à provenir de la vente qui sera commun, mais la propriété même des animaux en question qui deviendra commune? La

1. D. 17, 2.

perte du cheval sera supportée par la société ; et Ulpien pour cela n'exige nullement que la livraison soit opérée, la simple convention de société suffira cet égard.

*c)*. Indifférente lorsqu'il s'agit d'un corps certain, la livraison a son importance, au contraire, lorsque l'apport promis consiste en des choses de genre. Pour que celles-ci puissent être aux risques de la société il faut qu'elles soient déterminées, individualisées ; comme dans la vente, tant qu'il en est autrement la perte retombe sur celui auquel elles appartiennent, et par suite l'associé ne pourra conserver son droit dans la société qu'en fournissant un nouvel apport, et en cas d'impossibilité celle-ci se trouvera dissoute.

La loi romaine se montre d'ailleurs assez large sur la manière d'opérer la tradition dont il s'agit et d'individualiser les choses promises, témoin l'espèce prévue dans la l. 58 § 1 *pro socio*[1] : Un associé a promis une somme d'argent ; il l'emporte en voyage dans le but de se procurer des marchandises pour le compte de la société ; c'est pour celle-ci que sera la perte de l'argent arrivée par cas fortuit, notamment si l'associé est attaqué et dépouillé par des voleurs. La somme en effet a été individualisée, on peut considérer qu'elle a été effectivement mise en commun par ce seul fait

1. D. 17, 2.

qu'elle a été emportée dans l'intention d'en faire l'usage auquel elle était destinée; elle doit donc périr pour la société dans l'intérêt de laquelle elle a été déplacée.

*d)*. Enfin, des décisions qui précèdent on peut encore tirer la conclusion suivante : si l'apport d'un associé consiste dans son travail, dans son industrie qu'il doit mettre au service de la société, l'impossiblité où il se trouve de tenir son engagement équivaut à l'absence de tout apport, et entraîne les conséquences ordinaires en pareil cas.

C. Ce n'est pas le lieu ici de rechercher de quelle manière se gèrent les affaires de la société, et d'établir comment celle-ci doit subir les pertes diverses, fortuites ou non, qui peuvent atteindre le fonds social; indiquons seulement de quelle façon ces dommages peuvent se répartir entre associés.

En principe, ce sera la convention des parties qui décidera à cet égard et établira dans quelle mesure chacun des contractants profitera des bénéfices ou supportera les pertes s'il y en a; quelques règles cependant limitaient à ce sujet la liberté des conventions.

Ainsi était nulle la clause par laquelle un des associés aurait prélevé seul les bénéfices qui peuvent provenir de certaines opérations, tandis qu'un autre aurait supporté seul les

pertes qui peuvent résulter des autres ; une convention semblable serait trop contraire à l'équité, au « *jus fraternitatis* » qui doit régner entre associés ; il est inadmissible que l'un gagne tandis que l'autre perd ; il ne peut y avoir de gain que toutes pertes déduites, de même qu'il n'y a de pertes qu'après déduction faite de tous les gains : la société en question, véritable société léonine, est donc nulle [1].

De même avait été contestée la validité de la clause par laquelle un des associés ne prenait pas dans les bénéfices ou ne supportait pas dans la perte une part proportionnelle à l'importance de son apport ; Ulpien notamment subordonnait l'inégalité du partage des risques en pareil cas à l'inégalité des apports, tout en reconnaissant que la plus grande latitude devait être laissée aux parties dans l'appréciation de ces apports lorsqu'il s'agissait du travail ou de l'industrie de l'un des associés [2]. Mais Justinien aux Institutes n'exige pas en termes exprès cette même inégalité des apports, et il n'y a pas lieu d'admettre qu'il la suppose implicitement en reconnaissant la validité de la clause en question [3] : dans le dernier état du droit la convention des parties est donc libre à cet égard.

Les associés auraient-ils pu convenir que l'un

1. L. 29, § 2, *pro socio*, D. 17, 2. — § 2, *De societ.*, Inst. 3, 25.
2. L. 29 pr., *Pro socio*, D. 17, 2.
3. § 1, *De societ.*, Inst. 3, 25.

d'entre eux prendrait dans les bénéfices une part plus forte que dans les pertes, qu'il aurait, par exemple, la moitié des gains si la société se solde par un profit, mais supporterait seulement un quart de la perte, ou même rien du tout, si la société se liquide par un déficit ? Les textes nous révèlent que la question fut longtemps et vivement agitée [1]. L'affirmative avait cependant prévalu par cette considération qu'il est certaines personnes dont le travail et l'industrie présentent une telle importance pour la société qu'elles doivent leur faire obtenir une situation privilégiée, et elle avait été adoptée même lorsque les apports étaient de même nature et ne comportaient pas la liberté d'appréciation possible lorsqu'il s'agit d'un apport en industrie.

En présence de cette répugnance de la loi romaine à admettre les clauses qui accordent à l'un des associés une situation privilégiée, il paraît assez étrange de lui voir consacrer d'un autre côté la décision suivante : en l'absence de toute convention expresse à ce sujet, les parts entre associés, qu'il s'agisse de gains ou de pertes seront égales, c'est-à-dire en raison du nombre des associés, et non proportionnelles aux apports effectués [2]. Mais cette solution se justifie au moins

1. G. 3. § 149. — L. 30, D. 17, 2. — § 2, *De societ.*, Inst. 3, 25.

2. G. 3, § 150. — L. 29 pr., *Pro socio*, D. 17, 2. — § 1, *De societ.*, Inst. 3, 25.

par cette considération que les contractants n'auraient pas manqué de régler la situation par une convention expresse s'ils avaient estimé avoir des intérêts inégaux dans la société. D'ailleurs, en fait, en ce qui concerne les pertes, tant qu'elles ne dépassent pas la valeur du fonds commun et n'obligent pas l'associé à verser une somme en plus de son apport, il est clair que pour chacun elles sont proportionnées à l'importance de ce qu'il a contribué à mettre dans le fonds commun.

**D.** Reste une question dernière qui ne peut être passée sous silence. A l'occasion de la gestion des affaires de la société, l'un des associés peut avoir éprouvé personnellement des pertes qu'il n'aurait pas subies s'il n'avait pas entrepris d'agir dans l'intérêt commun : la société sera-t-elle tenue de l'indemniser ? La loi 32 § 4 *pro socio* ne laisse guère de doute à cet égard. Bien que ce ne soit pas le fonds social lui-même qui ait été directement atteint, il n'en devra pas moins supporter le préjudice causé à l'un des associés, pourvu que ce préjudice résulte toutefois directement de la gestion entreprise dans l'intérêt commun. Il convient d'ajouter, toutefois, que ce point avait été contesté, et avait donné lieu à une divergence de vues entre l'école proculienne et l'école sabinienne ; l'opinion de cette dernière plus conforme à l'équité avait finalement prévalu [1].

1. L. 60, § 1. — L. 61, *Pro socio.*

II. *Ancien droit.* — Les solutions qui viennent d'être signalées pour le droit romain, nous les retrouvons, à peu de chose près, dans notre ancien droit.

*a).* Comme à Rome pour qu'il y ait société il faut un apport de la part de chaque associé ; faute de quoi le contrat ne saurait se former ; d'où cette conséquence : la perte de ce que l'un des associés devait mettre en commun survenue avant le moment où l'accord des parties est intervenu rend inutile la convention arrêtée.

*b).* Le contrat formé, ce sera également pour le compte de la société que périra le corps certain promis par l'un des contractants, conformément aux principes admis en matière d'obligations portant sur des choses déterminées, et indépendamment de toute tradition effectuée [1]. Il faudra au contraire la livraison, ou tout au moins la détermination des choses de genre promises, pour les mettre aux risques de la société [2] ; jusque-là elles périssent pour l'associé, de même que ce dernier supporte encore la perte lorsqu'il a mis simplement en commun la jouissance de certains objets, ou bien a promis son travail ou son

1. Pothier, *De la société*, nos 54, 110.

2. Pothier, *De la société*, n° 111. — Domat, Lois civiles, *De la Société*, sect. 4, n° 14. Ce dernier auteur ne prévoit même expressément qu'un apport de choses de genre, aussi exige-t-il la livraison sans distinction.

industrie, et se trouve hors d'état de remplir son engagement.

*c).* En ce qui concerne le partage des bénéfices et des pertes résultant des opérations entreprises par la société, Pothier se montrait d'une rigueur extrême au sujet de l'égalité qui devait, sous ce rapport, présider aux relations des associés entre eux. Le contrat de société étant avant tout un contrat commutatif, chacun ne devait, en principe, en profiter ou en pâtir que dans la mesure exactement où il y était intervenu, c'est-à-dire en proportion des apports qu'il avait effectués. Toute convention contraire laissait par conséquent à désirer au point de vue équitable. Tout avantage fait à l'un des associés, soit en lui accordant une part plus grande dans les bénéfices, soit en lui faisant supporter une part moindre dans les pertes, devait être, en principe, la conséquence d'un service quelconque rendu à la société, et venant augmenter l'apport effectué par lui. Mais à cette condition il n'était pas interdit d'affranchir l'un des contractants de toute participation aux pertes, sauf bien entendu le préjudice résultant pour ce dernier du fait d'avoir travaillé inutilement pour la société, ou de lui accorder une portion plus grande des bénéfices, pourvu toutefois qu'on ne l'appelât pas seul à recueillir tous les bénéfices [1].

1. Domat, *Lois civiles*, Liv. 1, t. 8, sect. 1, n° 9. — Pothier, *De la société*, n°s 15 et 5, 20, 75.

En l'absence de toute convention expresse à cet égard, comment devait s'opérer la répartition des profits et pertes ? Domat la voulait égale entre les associés conformément à la doctrine romaine ; pour Pothier elle devait être proportionnelle aux apports effectués, du moins lorsque ceux-ci avaient été estimés au moment du contrat ; dans le cas contraire ils devaient être supposés égaux, et le partage se faisait en conséquence [1].

*d).* Enfin il était admis sans conteste que l'associé avait le droit d'être indemnisé des pertes fortuites personnellement éprouvées par lui dans la gestion des affaires de la société, pourvu qu'elles fussent une conséquence directe et forcée de cette gestion : les hésitations de la doctrine romaine sur ce point ne se sont pas retrouvées dans notre ancien droit [2].

**III.** *Code civil.* — Dans quelle mesure le C. civ. a-t-il suivi ces traditions et s'est-il conformé aux idées qui les inspiraient, c'est ce qu'il nous reste à rechercher maintenant.

**A.** Tout d'abord, il n'y a pas à s'arrêter au cas où, au moment de la formation de la société, ce qui doit faire l'objet de l'apport de l'un des asso-

1. *Lois civiles,* L. I, T. 8, sect. 1, n° 4. — *De la Société,* n° 73.
2. *Lois civiles.* L. I, T. 8, sect. 4, n°s 11 et 12. — *De la société,* n° 128.

ciés est déjà détruit par cas fortuit et n'existe plus. Aucun texte il est vrai ne le dit expressément, mais il est clair qu'il ne saurait être question d'une société entre personnes dont l'une n'a plus rien à mettre en commun (art. 1832); la perte sera donc pour celui auquel appartenait ce qui a péri.

Si la perte était simplement partielle, il n'est pas davantage contestable qu'elle donnerait aux autres contractants le droit de résoudre le contrat, pourvu qu'elle fût de telle importance qu'ils n'eussent pas traité ou eussent traité à des conditions autres s'ils l'avaient connue.

B. Ce que l'un des associés a promis de mettre en commun, vient-il à périr après la formation même du contrat? Ici les dispositions de la loi ne font plus défaut et des distinctions sont nécessaires.

*a).* En premier lieu, supposons que l'apport dû par l'un des associés consiste dans la propriété d'un corps certain, d'une chose déterminée; l'article 1867 prévoit le cas et le résout dans les termes suivants : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés, » et plus loin le texte ajoute : « Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. »

Il est clair que le commencement du texte met les risques à la charge de l'associé dont l'apport, ou ce qui devait le constituer, a péri ; la fin de l'article fait au contraire supporter la perte à la société. Quelle différence y a-t-il au juste entre les deux hypothèses prévues par ce seul et même texte pour justifier cette diversité des solutions? Celle-ci à première vue.

L'art. 1867 prévoit d'abord le cas où l'un des associés a promis d'apporter une chose déterminée, mais n'en a pas encore effectué la « mise » la livraison ; par cela même la propriété n'en a pas été transmise à la société, et cette dernière par conséquent n'en supporte pas les risques. Dans sa dernière partie au contraire le texte en question vise l'hypothèse où la remise, la tradition a été effectuée ; la propriété de l'objet a été transmise à la société, c'est pour cette dernière qu'il périt. L'art. 1867 consacrerait ainsi une grave dérogation au principe écrit dans l'art. 1138 et d'après lequel la simple convention des parties suffit à déplacer la propriété ; dans les rapports des associés entre eux il faudrait plus, il faudrait encore la tradition effectuée, même lorsqu'il s'agit d'une chose déterminée, d'où cette conclusion : lorsque l'apport consiste en un objet certain, les risques ne passeraient pas en principe à la société dès l'instant du contrat [1].

1. Bugnet sur Pothier, *De la société*, n° 110, note 2.

Généralement on s'accorde cependant à reconnaître que telle n'est pas la règle consacrée par l'art. 1867 ; dans l'opinion la plus répandue ce texte n'aurait nullement pour but de déroger aux principes ordinaires du Code, et l'interprétation à laquelle il prête provient d'une rédaction défectueuse expliquée par les modifications nombreuses qu'eut à subir cet article au cours des travaux préparatoires.

La rédaction primitive de ce qui devait être le premier alinéa de l'art. 1867 était en effet ainsi conçue : « S'il a été contracté société pour y mettre le prix de la vente à faire en commun de plusieurs choses appartenant à chaque associé et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est dissoute ». C'était la reproduction d'une décision de Pothier, lequel estimait, conformément d'ailleurs à la doctrine romaine, qu'en pareil cas les parties n'avaient entendu nullement mettre en commun la propriété, mais simplement la jouissance momentanée afin de tirer de ce qui leur appartenait un parti plus avantageux en le vendant [1].

Au Conseil d'État l'espèce prévue par Pothier fut perdue de vue, et la rédaction précédente fut remplacée par celle-ci : « La chose que l'un des associés devait mettre en société et qui a péri opère la dissolution de la société. » Le Tribunat en ajoutant ce qui a constitué le deuxième alinéa

1. *De la Société*, n° 141.

de l'art. 1867 relatif au cas où la jouissance d'une chose a été seule apportée, modifia encore la disposition précédente et acheva de l'obscurcir en n'en laissant rien subsister qui rappelât son but primitif [1]. Mais qu'il ait été question à un moment donné au cours des discussions qui ont accompagné les transformations successives de l'article 1867, d'apporter une dérogation quelconque aux principes généraux consacrés par le Code en matière de tranfert de propriété, c'est ce qui est absolument inexact; on en chercherait en vain la trace dans les travaux préparatoires, et l'art. 1867 lui-même en déclarant dans sa dernière partie que « la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société », se réfère pour cet apport de propriété aux règles du droit commun écrites dans l'article 1138; la propriété est déplacée dès que les parties sont convenues de mettre en commun une chose déterminée.

Reste il est vrai à donner une application à la première portion de l'article, et à trouver le moyen de concilier cette nécessité d'une remise effectuée, avec le principe d'après lequel le déplacement de la propriété s'opère par le seul consentement des parties. Cette application elle se trouvera dans tous les cas où la promesse de mettre une chose déterminée en commun n'aura pas pour effet immédiat

1. Fenet, 14, p. 365, 383.

d'en déplacer la propriété, et cela peut se présenter dans des hypothèses multiples.

Les associés, par exemple, peuvent être convenus de différer le transport de propriété jusqu'à une certaine époque, jusqu'au moment même de la remise effectuée ; nous avons vu que dans la vente une pareille clause avait pour effet d'empêcher le déplacement des risques, il en sera de même dans la société.

On peut supposer encore un apport consistant dans un objet déterminé appartenant à un tiers, et l'associé a promis d'obtenir le consentement de ce tiers propriétaire ; la validité de la promesse n'est guère contestable, et si la perte survient avant qu'il ait obtenu le consentement en question, l'associé ne pourra plus avoir d'apport et la société sera dissoute.

De même la formation de la société peut avoir été reportée à une date ultérieure, elle peut avoir été contractée sous une condition suspensive ; la promesse de l'associé lui-même peut avoir été faite sous la même modalité ; la chose n'existant plus au moment où le terme ou bien la condition arrive, on peut dire que la mise ne peut plus s'effectuer au moment où elle doit être opérée, non pas qu'il s'agisse d'une remise effective, matérielle, aux mains de la société, le texte n'est nullement formel à cet égard, mais bien d'un simple transport de propriété dans les termes ordinaires du droit.

Dans tous ces cas la première partie de l'article 1867 trouve donc à s'appliquer, et on peut remarquer qu'en l'espèce on rencontre des principes déjà examinés avec le contrat de vente et sur lesquels il n'y a pas à revenir; comme dans la vente la question des risques dans la société est subordonnée au transfert de la propriété, l'article 1867 le prouve surabondamment; le transfert de propriété s'opère lui-même, en principe, par le seul consentement des parties contractantes, et les modalités qui peuvent affecter le contrat entraînent des conséquences dont la raison d'être a été précédemment examinée..

B. A la place d'un corps certain, l'associé a promis d'apporter des choses de genre.

Après ce qui vient d'être dit, il est à peine besoin de faire remarquer que c'est seulement lorsque les choses promises auront été individualisées et seront devenues la propriété de la société qu'elles passeront aux risques de celle-ci. Quant aux conditions dans lesquelles s'opérera cette détermination des objets destinés à acquitter la dette, elles ont été indiquées plus haut, à l'occasion de la vente; il suffit de s'y référer.

C. Au lieu d'un apport en pleine propriété, l'associé peut avoir voulu apporter simplement la jouissance d'un objet déterminé : l'art. 1867 règle également la question des risques dans ce cas,

question déjà tranchée d'ailleurs par l'art. 1851.

Que l'associé supporte dans cette hypothèse, comme propriétaire, la perte de l'objet dont il avait apporté la jouissance, cela est hors de doute, et là n'est pas la difficulté. Mais va-t-il être, après l'accident survenu, considéré comme étant sans apport et la société va-t-elle se trouver par conséquent dissoute, telle est la question qui se pose, et l'art. 1867 se prononce, et avec raison, pour la dissolution de la société.

Ce que l'associé en effet a promis, c'est de mettre une chose déterminée à la disposition de la société et de laisser celle-ci en jouir ; il est donc tenu d'un fait successif qui ne s'accomplit pas en un seul trait de temps; l'accident survenu l'empêche de tenir son engagement, de continuer à réaliser son apport, les conséquences de droit doivent donc s'ensuivre, autrement dit les risques sont pour l'associé absolument comme dans le bail ils sont pour le bailleur en cas de perte de l'objet loué.

Remarquons toutefois qu'il ne faut pas confondre l'hypothèse où la jouissance d'une chose est apportée avec le cas où l'apport de l'associé consisterait dans un droit d'usufruit constitué au profit de la société ; celle-ci, dans l'espèce, acquiert un droit réel, l'associé ne contracte pas vis-à-vis d'elle une obligation successive de la faire jouir, son engagement s'exécute en un seul trait de temps. La perte de la chose soumise à l'usufruit en entraînant l'extinction de celui-ci ne saurait donc

amener la dissolution de la société sous ce prétexte que l'un des associés n'a plus d'apport ; l'apport a été en réalité complètement effectué, les risques en sont pour la société.

Donc en principe, lorsque la jouissance seule d'un objet déterminé a été apportée à la société, la perte survenue est pour le compte de l'associé.

A ce principe l'art. 1851 C. civ. apporte un certain nombre d'exceptions, plus apparentes que réelles, et fondées toutes sur une interprétation de la volonté tacite des parties contractantes.

1° Les choses dont la jouissance a été promise se consomment-elles par l'usage ou se détériorent-elles par l'emploi que l'on en fait? D'après l'article 1851-2° elles sont aux risques de la société. La jouissance seule en a été promise expressément cependant, mais le législateur interprète autrement l'intention des contractants.

Les choses mises en commun se consommant par l'usage que l'on en fait, comment en effet la société pourrait-elle en avoir la jouissance si elle n'en avait pas en réalité la propriété, puisqu'il faut disposer de ces choses pour pouvoir en tirer parti. En paraissant s'en réserver la propriété l'associé n'a entendu qu'une chose, c'est que des objets de même nature et de même qualité lui fussent rendus à la dissolution de la société, conformément au cas prévu par l'article 587 du

Code civil lorsqu'il s'agit d'un usufruit portant sur des choses fongibles.

Si les objets apportés par l'associé ne sont pas de ceux qui se consomment par l'usage, mais se détériorent simplement par l'emploi auquel ils sont destinés, la nécessité de considérer la société comme en étant devenue propriétaire pour pouvoir en tirer parti n'apparaît plus aussi clairement. Seulement la volonté de celui qui a fait l'apport est interprétée en ce sens qu'il n'a pas entendu reprendre à la fin de la société des choses absolument hors d'usage et sans valeur. Il a déclaré apporter seulement la jouissance des objets en question afin d'avoir droit, à la dissolution de la société, non à une somme d'argent ou à une part en nature du fonds social, mais à la remise de ce qu'il a apporté, et cette remise ne présenterait aucun intérêt pour lui s'il pouvait être contraint de recevoir des objets absolument hors d'état de servir désormais; ils seront donc aux risques de la société obligée de les remplacer s'ils périssent ou se détériorent peu à peu, et tenue de les rendre en bon état. En présence des termes de l'art. 1851 il n'y a pas lieu en effet d'appliquer par analogie la disposition de l'art. 589 qui, en matière d'usufruit, laisse à la charge du nu propriétaire les dégradations et les pertes provenant de l'usure normale des choses soumises à l'usufruit.

2° Les choses dont la jouissance seulement a

été apportée à la société sont-elles destinées à être vendues? L'art. 1851 les met encore aux risques de la société. Pour que celle-ci puisse en disposer, les vendre, il faut qu'elle en soit propriétaire malgré la convention en apparence contraire intervenue; l'associé en déclarant en apporter seulement la jouissance a fait en réalité abandon de la propriété, il a droit simplement à la valeur de son apport, les risques sont donc pour la société.

3° Un dernier cas est prévu par l'art. 1851 : Les choses dont la société a la jouissance lui ont été apportées avec estimation : elles sont à ses risques.

Nous avons vu précédemment, en effet, quelle est la conséquence de cette clause d'estimation. Dans la pensée du législateur elle équivaut à une vente, à un transfert de propriété moyennant une somme déterminée, et par suite elle met les risques à la charge de celui qui reçoit ainsi un objet avec estimation et devient débiteur de sa valeur; c'est une application de cette idée dont la justification a été présentée ailleurs que nous trouvons dans l'article 1851.

*d).* Pour terminer, quelques mots sur le cas où l'associé apporte son travail ou son industrie à la société. L'apport promis consiste alors dans un fait continu, successif; il se réalise à mesure que la société est mise à même de profiter du travail auquel elle a droit ; tout événement qui met-

tra l'associé dans l'impossibilité de tenir son engagement équivaudra donc pour lui à l'absence d'apport et entraînera les conséquences de droit.

*e).* Une dernière question nous resterait à examiner relativement à la perte de l'apport de l'un des associés survenant après la formation du contrat: c'est l'influence de cette perte sur l'obligation de garantie dont chaque associé est tenu envers la société lorsqu'il a transmis ou dû transmettre à celle-ci la propriété d'une chose certaine; mais il suffit à ce sujet de se référer à ce qui a été dit à l'occasion de la vente; l'art. 1845 le déclare, en effet, en termes exprès: « Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

« Lorsque cet apport consiste en un corps certain, et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur. »

Le texte ne prévoit formellement que l'hypothèse d'une éviction consommée, mais comment admettre que les autres règles en matière de garantie ne s'appliquent pas par identité de motifs.

**C.** Les opérations de la société se traduisent finalement par des bénéfices ou des pertes, bénéfices, lorsque le fonds social demeurant intact les associés ont un excédent à partager, pertes, si le fonds commun est entamé, s'il ne suffit même pas

à éteindre le passif de la société et oblige les associés à l'acquitter de leurs deniers personnels.

En principe ce sera la convention des parties qui déterminera la répartition de ces bénéfices ou de ces pertes, ces dernières pouvant provenir aussi bien de la mauvaise gestion de la société que de cas fortuits ou d'événements de force majeure quelconques ; ceux qui forment une société sont plus à même que tout autre de connaître et d'apprécier ce que chacun apporte, non seulement en valeurs réelles, mais encore en activité, en travail, en industrie, c'est donc à eux qu'il appartient naturellement de régler en conséquence la répartition des bénéfices et des pertes.

Sans nous arrêter aux difficultés que peuvent soulever ces conventions dans leur interprétation, ce qui nous entraînerait hors de notre sujet, indiquons seulement les restrictions apportées par la loi à la liberté des conventions en cette matière.

L'art. 1855 renferme une double prohibition:

En premier lieu: « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. »

Par cette disposition le législateur prohibe la société dite « léonine »; dans sa pensée il est de l'essence du contrat de société que les associés se proposent, en contractant, de faire un gain ou un profit dans lequel chacun puisse espérer avoir une part; toute société qui ne répond pas à ce but, qui ne donne pas à chacun des contractants l'espé-

rance et la possibilité d'un bénéfice est nulle. La prohibition ne va pas d'ailleurs jusqu'à défendre un partage inégal des bénéfices, ne fût-il pas proportionnel aux mises, à la condition qu'on ne cherche pas dans ce partage inégal le moyen de tourner la loi en réduisant à une fraction infime la part de l'un des associés.

En second lieu, l'art. 1855 prononce encore la nullité « de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés ». Le C. civ. est sur ce point plus absolu que notre ancien droit dans lequel la clause en question n'était pas nulle, au moins lorsqu'elle était la compensation d'un service particulier rendu par l'associé ou d'un risque spécial assumé par lui ; le texte actuel est trop formel pour admettre un pareil tempérament.

Quant aux raisons qui motivent cette disposition finale de l'art. 1855, plusieurs ont été mises en avant. On a voulu y voir un moyen d'empêcher les contrats usuraires, ce qui est oublier que le C. civ. avait établi la liberté de l'intérêt conventionnel, liberté supprimée seulement par la loi du 3 septembre 1807. Il faut plutôt y voir la conséquence de l'idée qui a dicté la première partie du texte : le législateur a voulu qu'en aucun cas un associé ne pût avoir l'espérance de réaliser un gain, il a comme contre-partie exigé qu'en

aucun cas il ne fût certain d'éviter une perte et ne pût s'associer que pour gagner.

Toutefois, il importe de le remarquer, l'article 1855 ne vise en termes exprès que les effets et sommes mis dans le fonds de la société, et comme il constitue une disposition exceptionnelle il doit être interprété restrictivement.

Il ne recevrait donc pas son application dans le cas d'un apport consistant uniquement en industrie, en ce sens du moins que l'associé dispensé par une clause de contribuer aux pertes ne pourrait être contraint de payer de sa bourse; il perdrait simplement le fruit de son travail en tant qu'il n'aurait droit qu'à une part du bénéfice pour s'en indemniser. De plus, rien n'empêcherait l'un des associés de limiter sa perte à l'apport qu'il a effectué ; il serait dans les termes mêmes de l'art. 1855 puisqu'il sacrifie ce qu'il a mis en commun. Enfin il est clair que l'art. 1855 ne prohibe nullement une répartition inégale des pertes, cette répartition ne fût-elle pas conforme à celle adoptée pour le partage des gains.

En l'absence de toute convention des parties sur la répartition des bénéfices ou des pertes résultant de la société, l'art. 1853 règle la question.

En principe le partage se fera, non pas également, en raison du nombre des associés,

mais en raison de l'importance de l'apport de chacun.

Si les mises ont été estimées au moment du contrat, rien de plus facile que cette répartition, le contrat en fournit lui-même les éléments, il n'y aura qu'à s'y référer. Mais que décider en l'absence de toute estimation ? Faut-il, conformément à l'opinion de Pothier, et comme on l'a soutenu, supposer que les mises sont égales et qu'il y a lieu à une répartition égale entre tous les associés? Une raison décisive s'oppose à cette solution : ce serait en effet établir une présomption que d'admettre cette égalité *a priori* de tous les apports ; or de présomption sans texte il n'y en a pas. Il faut donc se ranger à cette opinion qu'il appartiendra aux tribunaux d'apprécier l'importance des apports des associés et de répartir en conséquence entre eux les bénéfices et les pertes.

L'art. 1853 prévoit d'une manière spéciale une des difficultés que peut soulever le principe de la répartition proportionnelle aux mises : en l'absence de toute estimation, comment évaluer un apport en industrie ?

Un double système s'offrait au législateur : ou bien évaluer l'apport en industrie égal à l'apport en nature le plus élevé ; ou bien l'estimer égal à l'apport le moins élevé ; il ne pouvait être question en effet de prendre en considération le nombre des associés puisque leurs apports pouvaient être inégaux : le législateur a pris le dernier parti. Il a

mis l'apport en industrie au niveau de l'apport le plus faible, non pas parce qu'il le considère en lui-même comme étant de nature inférieure, mais, comme on l'a fort bien dit au cours des travaux préparatoires [1], pour stimuler l'insouciance de l'associé et l'obliger à faire estimer d'une manière ferme la valeur de son apport: autrement ce sera dans la mesure fixée arbitrairement par la loi qu'il prendra part aux bénéfices et aussi aux pertes, s'il y a lieu, après la disparition du fonds social.

Si tous les apports consistaient en industrie, il n'est pas douteux que la règle ordinaire reprendrait son empire: il faudrait recourir à l'appréciation des tribunaux pour déterminer la part de chacun des associés dans le gain et dans la perte.

**D.** En faisant les affaires de la société, l'un des associés peut avoir éprouvé, personnellement, un certain préjudice indépendant de celui qui peut atteindre le fonds commun et résulter des opérations auxquelles ce dernier est destiné: l'associé aura-t-il droit à une indemnité ?

Nous avons vu l'affirmative admise à Rome et dans notre ancien droit. L'art. 1852 du C. civ. la consacre également dans les termes suivants : « Un associé a action contre la société... à raison des risques inséparables de sa gestion », principe dont l'équité n'est pas à démontrer: la société

1. Fenet, 14, p. 410, 411,

profitant de la gestion de l'associé, il est juste que ce dernier soit remboursé des pertes qu'il s'est exposé à subir en travaillant dans l'intérêt d'autrui, pertes qu'il n'eût pas éprouvées s'il s'était abstenu purement et simplement.

L'art. 1852 exige que ces risques soient « inséparables de la gestion », c'est-à-dire que l'associé les ait courus uniquement parce qu'il s'est occupé des affaires de la société ; il y aura donc lieu à une appréciation du point de savoir non seulement si l'accident survenu n'est pas le résultat d'une faute, d'une imprudence de l'associé, mais encore si la perte éprouvée, en la supposant inévitable, ne dépasse pas la limite à laquelle on devait s'attendre. La réparation sera due uniquement dans la mesure où le préjudice éprouvé est la conséquence directe, inséparable de la gestion entreprise : l'art. 1852 pose le principe, l'application ne soulève que des questions de fait.

# CHAPITRE IX.

## DU MANDAT.

Une personne s'engage envers une autre qui lui donne pouvoir à cet effet, à accomplir certains actes juridiques sans avoir à supporter les conséquences des actes ainsi accomplis : tel est le contrat de mandat.

En principe, c'est un contrat unilatéral ; seul le mandataire est tenu d'une obligation de faire, le mandant n'a aucune rémunération à lui fournir en compensation. Nous étudions cependant à l'occasion des contrats synallagmatiques les difficultés qu'il peut soulever au sujet des risques, parce que dans notre droit le mandat n'est pas essentiellement gratuit ; il peut faire l'objet d'un contrat salarié et partant synallagmatique [1], il demande par suite l'examen des questions habituelles en pareil cas, indépendamment de celles que peut faire naître le contrat passé dans les conditions ordinaires.

**I.** *Droit romain.* — **A.** A Rome le mandat a toujours été un contrat essentiellement gratuit, et par suite unilatéral dans tous les cas : « *Mandatum*

1. Laurent, *Droit civil*, t. 28, n° 5.

*nisi gratuitum est nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit* » déclare Paul dans la l. 1, § 4, *Mandati* [1]. Accompagné d'un salaire le mandat change de nature et dégénère en un contrat de louage soit de services, soit d'ouvrage, mais ce n'est plus un mandat [2].

Dans le dernier état du droit on rencontre il est vrai certaines hypothèses que les Romains n'entendent pas assimiler au louage de services et dans lesquelles une rémunération pouvait être due sous le titre d' « *honorarium* ». Mais, dans l'espèce, si l'idée d'un louage était écartée celle d'un mandat n'était pas davantage admise ; la rémunération en question pouvait être poursuivie seulement par voie de *persecutio extraordinaria* et non par l'*actio mandati* [3] ; aussi on peut affirmer sans hésitation que le mandat est demeuré un contrat rigoureusement unilatéral.

*a)*. Tenu d'exécuter son obligation, responsable des fautes qu'il peut commettre dans l'accomplissement de son engagement, le mandataire est bien évidemment libéré de toute obligation si un cas fortuit ou une force majeure le met hors d'état d'exécuter le contrat, et à ce point de vue on peut dire que l'accident retombe sur le

1. D. 17, 1.

2. L. 1, § 4, *Mandati*, D. 17, 1. — L. 1, § 18 ; l. 5, pr., *De exercit.*, D. 14, 1.

3. L. 6 pr. ; l. 7, *Mandati*, D. 17, 1. — L. 1, *Mandat.* C. 4, 35.

mandant obligé de chercher un autre mandataire pour accomplir les actes dont il a besoin [1].

*b).* Le mandat exécuté, peu importe le résultat pratique de l'opération exécutée par le mandataire dès l'instant que la responsabilité de ce dernier ne se trouve pas engagée ; qu'elle procure un gain ou se solde par une perte, ce sera pour le compte du mandant. Ce dernier est tenu de prendre pour lui-même toutes les opérations effectuées régulièrement par le mandataire ; celui-ci doit transmettre au mandant tous les droits qu'il a acquis pour lui, et en revanche il doit être libéré de tous les engagements qu'il a pris, remboursé de ce qu'il a pu payer pour les acquisitions par lui faites pour le compte du mandant, quel qu'ait été d'ailleurs le sort ultérieur de ces acquisitions.

Cette possibilité d'une perte fortuite survenant après l'exécution du mandat, faisait l'intérêt de cette question discutée à Rome, à savoir : le mandataire qui a outrepassé ses pouvoirs peut il obliger le mandant à prendre pour lui l'opération en s'offrant à subir le préjudice résultant de ce qu'il a dépassé ses pouvoirs. Chargé d'acheter un objet, un fonds pour un prix déterminé, pour 100 sous d'or, le mandataire l'a acheté 110 ; pourra-t-il contraindre le mandant à prendre la vente pour lui en offrant de payer *de suo* les dix *solidi* pour

1. L. 23, *Mandati*, D. 17, 1.

lesquels il a dépassé son mandat : son intérêt est certain si la chose achetée est dépréciée, si elle a péri en tout ou en partie par cas fortuit, car la question ne se posera guère que dans ce cas.

Nous n'avons pas à entrer dans les détails de la controverse qui s'était élevée à ce sujet ; la question ne touche en effet qu'indirectement à l'objet de notre étude, indiquons seulement la divergence de vues qui s'était produite à cet égard entre les deux grandes écoles proculienne et sabinienne.

Pour les Sabiniens, et leur doctrine à un moment donné a peut-être été prépondérante, le mandataire en excédant ses pouvoirs a fait autre chose que ce qu'il devait faire [1]. L'acte qu'il a passé dans ces conditions il l'a donc passé pour son propre compte, non pour celui du mandant ; celui-ci ne saurait par suite être obligé de prendre l'opération pour lui ; et cette solution est fort équitable d'ailleurs si l'on veut bien observer que le mandant ne pourrait contraindre le mandataire à lui céder le bénéfice d'une opération avantageuse, mais faite à des conditions autres que celles auxquelles le mandataire était chargé de traiter ; il importait donc de ne pas mettre ainsi l'une des parties à la discrétion de l'autre, en laissant au mandant les seules chances défa-

1. L. 5, *Mandati.* D. 17, 2.

vorables lorsque le mandataire dépassait ses pouvoirs [2].

Les Proculiens plus favorables au mandataire admettaient au contraire que le mandant pouvait être contraint de prendre, aux conditions fixées par lui, l'opération faite, en se fondant apparemment sur cette considération qu'en définitive le mandant n'avait aucune objection à élever puisqu'on lui offrait l'opération telle qu'il la voulait, et leur opinion fut consacrée dans le dernier état du droit par Justinien [3].

*c)*. Quant aux pertes éprouvées par le mandataire personnellement dans l'exécution de son mandat, il pouvait également se les faire rembourser, mais à une condition, c'est qu'elles fussent une conséquence directe, forcée, du mandat ; et la doctrine romaine semble s'être montrée à cet égard d'une sévérité toute particulière dans l'appréciation des accidents qui sont une suite directe du mandat ; toutefois le principe est certain et ne paraît pas avoir été contesté [1].

**B.** A l'occasion du mandat les jurisconsultes romains traitent habituellement d'un contrat d'une nature particulière dont il convient de dire quelques mots ici : nous voulons parler de la

1. L. 3, § 4, *Mandati*, D., 17, 2. — G., 3, § 161.
2. § 8, *Mandati*, Inst., 3, 26.
3. L. 26, § 6, *Mandati*, D. 17, 1. — L. 61, § 5, *De furtis*, D., 47, 2.

convention connue sous le nom d' « *æstimatum* ».

Une personne, le « *tradens* », remet avec estimation un objet à un autre individu, l' « *accipiens* », qui se charge de le vendre à cette condition, soit de remettre, après la vente, le prix fixé par l'estimation au *tradens*, en gardant, s'il y a lieu, comme salaire la différence existant entre le prix réel de vente et l'estimation convenue, soit, en cas de non-vente, de restituer au *tradens* les choses remises par celui-ci : tel est le contrat dont il s'agit en ce moment.

Au point de vue romain comment ce contrat pouvait-il être envisagé ?

Était-ce une vente ? Non car il pouvait arriver que la chose remise fût rendue par l'*accipiens*.

Un louage d'ouvrage ou de services ? Pas davantage, puisque en cas de non-vente l'*accipiens* ne touchait aucun salaire pour les démarches auxquelles il avait pu se livrer ; et même en cas de vente il pouvait ne réaliser aucun bénéfice si le prix pour lequel il traitait était simplement égal à l'estimation donnée à l'objet.

Y avait-il au moins société ? Non, puisque le *tradens* touchait un prix fixe pour sa chose, et qu'il n'y avait pas partage de bénéfices.

Enfin l'idée même d'un mandat devait être écartée puisque le contrat n'était pas absolument gratuit [1].

1. L. 13 pr., *De præscript. verb.*, D. 19, 5.

Toutefois Ulpien reconnaissait que le contrat pouvait dégénérer en société si telle avait été l'intention formelle des contractants [1], et en tout cas il admettait que le contrat se rapprochait du mandat [2]; seulement étant salarié il ne pouvait être sanctionné que par l'action *præscriptis verbis*.

En présence de cette incertitude sur les principes applicables, pour qui étaient dans ce contrat les risques de la chose remise avec estimation?

Une distinction avait été faite par les jurisconsultes:

Le *tradens* avait-il sollicité l'*accipiens*, avait-il été le trouver pour le charger de vendre ses marchandises? les risques étaient pour celui qui avait pris l'initiative de l'opération. — L'*accipiens* s'était-il proposé pour vendre, il était supposé avoir pris les risques à sa charge [3].

Si aucune de ces démarches particulières n'avait été faite ni d'un côté ni de l'autre, dans le cas, par exemple, où le *tradens* faisant un appel général à tous ceux qui veulent entreprendre une opération comme celle dont il s'agit, l'*accipiens* serait à cette occasion entré en relations avec lui, les risques, d'après Ulpien, seraient à la charge de l'un et de l'autre des contractants, en ce sens du moins que l'*accipiens* répond de son dol et de sa faute envi-

1. L. 44, *Pro socio*, D. 17, 1.

2. L. 1, pr., *De æstimat.*, D. 19, 3.

3. Paul, *Sentences*, liv. 2, t. 4, § 4. — L. 17, § 1, *De præscript. verb.*, D. 19, 5.

sagée *in abstracto,* le cas fortuit proprement dit retombant sur le propriétaire de l'objet qui ne peut réclamer l'estimation[1]. Ailleurs il est vrai, Ulpien paraît donner une solution inverse de celle qu'il propose dans la loi 17, § 1 *De præscript. verb.,* et il déclare dans la loi 1, § 1 *De æstimat.*[2] que l'*accipiens* qui reçoit une chose avec estimation en supporte les risques. La doctrine du jurisconsulte aurait-elle varié ; se serait-il fait l'écho de dissentiments qui auraient existé en droit romain? c'est ce qu'il est assez difficile d'établir; on peut supposer plus simplement qu'il aura visé dans la loi 1, § 1, *De æstimat.* le cas où le *tradens* aura pris l'initiative du contrat, et assumé ainsi la charge des risques ; en tout cas l'opinion exprimée dans ce texte ne saurait, semble-t-il, prévaloir contre l'avis du même auteur exprimé ailleurs d'une manière plus précise et plus circonstanciée.

II. *Ancien droit.* — Dans notre ancien droit le mandat était, comme à Rome, un contrat essentiellement gratuit, par suite unilatéral[3], et les solutions romaines sur les rapports du mandataire et du mandant sur la question des risques y étaient généralement adoptées.

Libéré par le cas fortuit qui l'empêche d'accomplir les actes qu'il a promis d'exécuter, le manda-

1. L. 17, § 1, *De præscript. verb.,* D. 19, 5.
2. D. 19, 3.
3. Domat, *Lois civ.,* liv. 3, t. 15, § 13, n. 1.

taire l'était certainement; ce n'était en effet qu'une application du droit commun.

Que le mandant fût obligé de prendre pour lui le résultat bon ou mauvais des opérations qu'il a voulu faire exécuter, c'est ce qui ne faisait pas de doute non plus. Le mandataire en exécutant le contrat n'a pas agi pour son propre compte, dans son intérêt, mais pour le compte d'autrui ; c'est pour ce dernier que sera le profit ou la perte ; il n'y avait à cet égard qu'une différence avec le droit romain, c'était, dans notre ancien droit, la possibilité pour le mandataire de faire naître, en traitant en qualité de mandataire, les actions non pas dans sa personne, mais directement dans celle du mandant, supprimant ainsi la nécessité de la cession d'action existant à Rome [1].

Quant à la question de savoir si le mandataire qui avait excédé son mandat pouvait néanmoins laisser l'opération pour compte au mandant en offrant d'en supporter le préjudice dans la mesure où il avait dépassé ses pouvoirs, Pothier la résolvait conformément à l'opinion proculienne ; il autorisait, même dans ce cas, le mandataire à se décharger des conséquences du cas fortuit qui avait transformé l'opération faite par lui en une spéculation fâcheuse [2].

1. Pothier, *Du mandat*, n° 87.
2. *Du mandat*, n° 94.

Enfin, en ce qui concerne les pertes diverses qui peuvent avoir frappé personnellement le mandataire dans l'exécution de son engagement, nos anciens auteurs se montraient en général plus larges que la doctrine romaine dans la concession d'une indemnité au mandataire en pareil cas, et leur opinion se justifiait par les motifs suivants:

« Puisque au contrat de société la perte survenue par cas fortuit à l'un des associés doit être supportée par tous, encore que l'associé ne s'engage en la société que par l'espérance du gain, à plus forte raison cela doit-il avoir lieu en faveur du mandataire qui n'a pas entrepris cette charge par espérance du gain mais seulement pour faire plaisir au mandant [1]. »

Toutefois Pothier, loin de se montrer aussi facile, prenait soin de distinguer entre les dommages dont le mandat avait été la cause pour le mandataire, et ceux dont il avait été seulement l'occasion; les premiers devaient être supportés par le mandant tenu d'en fournir réparation, les seconds étaient pour le compte du mandataire, système dont la conformité avec celui du droit romain n'a pas besoin d'être établie [2].

III. *Code civil.* — Sous l'empire du Code civil, le mandat est un contrat gratuit de sa nature, non de

1. Despeisses, *Des contrats*, t. v ; *Des mandements*, sect. 4, n° 8. Domat, *Lois civiles* liv. 1, Tit. 15, sect. 2, n° 6.

2. *Du mandat*, n° 76.

son essence comme le prouve l'art. 1986 aux termes duquel : « Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire. »

Un salaire peut donc être expressément stipulé sans que l'on cesse pour cela de se trouver en présence d'un mandat véritable ; seulement, lorsqu'il en est ainsi, le contrat devient bilatéral ; dès le moment où il est formé un engagement corrélatif existe en effet à la charge de chaque contractant, chacun d'eux est tenu d'une obligation et possède en retour un droit à son profit, ce qui est le signe caractéristique du contrat synallagmatique proprement dit.

Sans doute dans le mandat, comme dans d'autres contrats unilatéraux, on trouve l'obligation pour le mandant de rembourser les avances et dépenses faites par le mandataire, mais cette obligation n'a pas pour résultat de modifier la nature du contrat ; ce n'est en effet qu'une obligation éventuelle, qui prendra seulement naissance si des déboursés ont été faits ; elle n'existe pas dès l'instant du contrat ; que l'on qualifie, si l'on veut, celui-ci de contrat synallagmatique imparfait, il ne constituera pas cependant un contrat bilatéral proprement dit ; il présentera ce caractère uniquement lorsqu'un salaire aura été stipulé.

Recherchons d'abord quelles peuvent être les conséquences du cas fortuit et de la force majeure majeure lorsque le mandat devient ainsi un

véritable contrat synallagmatique ; nous rechercherons ensuite quelle solution comportent sous le Code civil les questions précédemment examinées.

*a).* Le mandataire par suite d'un cas fortuit dûment démontré ne peut remplir son mandat : de responsabilité encourue par lui il n'y en a certainement pas : dans quelle mesure aura-t-il droit au salaire convenu ?

La difficulté n'étant pas expressément prévue par les textes doit se résoudre par analogie de ce qui se passe dans le louage de services.

Le mandat en lui-même se rapproche en effet beaucoup de ce dernier contrat, il est même parfois assez difficile de l'en distinguer lorsqu'il est salarié : le mandataire n'est-il pas tenu en effet d'accomplir certains actes au lieu et place du mandant, au profit de ce dernier, de mettre son activité à la disposition de celui-ci ; comment ne pas rapprocher cette convention, non du louage d'ouvrage dans lequel une tâche, un ouvrage déterminé est entrepris, mais du louage de services dans lequel un individu agit pour le compte et sur les indications d'autrui ; l'analogie n'est guère contestable, par suite, comme dans ce dernier contrat, on devra décider que le mandataire qui n'a pu accomplir son mandat, rendre le service que l'on attendait de lui, n'aura droit à aucun salaire.

Si l'on suppose le mandat exécuté pour partie au moment où le cas fortuit survient et empêche

d'en poursuivre davantage l'exécution, il faudrait encore par analogie avec le louage de services décider qu'une partie proportionnelle du salaire convenu serait due. On ne conteste pas que les frais et déboursés ne doivent être remboursés par le mandant, quel que puisse être le résultat de l'opération entreprise pour son compte, qu'elle puisse être ou non menée jusqu'au bout; pourquoi en serait-il autrement de la fraction de la rémunération convenue correspondant à la partie du mandat qui a été réellement exécutée ? est-ce qu'elle ne rentre pas à certains égards dans les frais faits et ne doit-elle pas être payée comme telle ?

On objecte que le mandataire n'a peut-être rendu aucun service au mandant, et que par suite il n'a droit à rien ; l'objection serait fondée si l'on voyait dans le mandat un louage d'ouvrage ; elle tombe si on l'assimile à ce qu'il est en réalité, à un louage de services. Le mandataire a-t-il ou non exécuté son obligation dans une certaine mesure, voilà ce qu'il faut rechercher et pas autre chose, peu importe le résultat pratique qu'il a pu obtenir ; et cette solution est d'ailleurs conforme aux règles ordinaires concernant les autres risques en matière de mandat.

*b).* Il n'est pas douteux, en effet, dans notre droit, que le mandant ne doive supporter les suites avantageuses ou fâcheuses des actes qu'il a fait

accomplir pour son compte ; que le mandat soit salarié ou gratuit, le principe est le même du moment que le mandataire s'est conformé aux pouvoirs qu'il avait régulièrement reçus : les risques sont pour celui dont il tient ses pouvoirs (art. 1999). Une seule chose est à examiner, au moment où le mandataire a effectué une opération a-t-il agi comme il le devait, sans qu'une faute puisse lui être reprochée, peu importe le gain ou la perte qu'en retirera finalement le mandant.

Si le mandataire avait excédé ses pouvoirs en passant un acte à des conditions plus onéreuses que celles auxquelles il était autorisé à traiter, pourrait-il mettre l'opération au compte du mandant en offrant de supporter la différence entre le prix pour lequel il a conclu marché et celui auquel seulement il avait mission de traiter ? La question, bien entendu, présente surtout un intérêt lorsque l'opération une fois arrêtée devient fortuitement désavantageuse : il importe donc de savoir si, même dans ce cas, les risques peuvent être mis à la charge du mandant.

A notre sens il faut s'en tenir à cet égard au principe écrit dans l'art. 1989 : « Le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat ». Le texte est formel, sa portée ne laisse aucun doute : dès que le mandataire dépasse les limites de son mandat, excède les pouvoirs qui lui ont été conférés, il n'agit plus comme mandataire, il agit en son nom personnel,

pour son propre compte,et il ne peut être question, pour lui, de faire supporter par le mandant les conséquences des opérations qu'il lui a plu de faire.

On fait valoir il est vrai l'objection suivante : De quoi le mandant peut-il se plaindre ? On lui donne ce qu'il voulait obtenir aux conditions fixées par lui ; il n'a donc aucune objection à élever.

Seulement, avec ce système, le mandant aurait de grandes chances de se voir offrir ce qu'il voulait obtenir toutes les fois que les circonstances auraient rendu l'opération défavorable ; en revanche, dans le cas contraire, il est fort probable que le mandataire la garderait pour lui, le mandant n'ayant aucun moyen de s'en faire céder le bénéfice puisqu'il se heurterait toujours à cette observation que l'acte a été passé en dehors du mandat donné, que le mandataire a traité pour son propre compte.

Sans doute on apporte un tempérament au système que nous combattons : le mandataire devra faire connaître immédiatement au mandant l'opération faite par lui pour son compte, autrement il serait considéré comme ayant agi pour lui-même. Mais ce tempérament fort rationnel assurément est l'œuvre de la doctrine, non de la loi ; d'ailleurs cette conduite du mandataire traitant à certaines conditions et offrant immédiatement l'opération au mandant à des conditions plus avantageuses est au moins singulière, elle

peut laisser supposer des spéculations auxquelles le mandat ne saurait donner lieu.

Il faut donc s'en tenir au principe posé par l'article 1989; en dépassant les limites de ses pouvoirs le mandataire assume les risques de l'opération qu'il effectue, exception faite pour le cas où ayant agi au mieux des intérêts du mandant il pourrait se prévaloir contre celui-ci des règles de la gestion d'affaires.

Il conviendrait toutefois de faire fléchir la solution qui précède dans le cas où le mandataire aurait traité formellement au nom du mandant; il aurait en pareille hypothèse manifesté clairement son intention d'agir non pour son propre compte, mais pour celui du mandant, et l'inconvénient signalé précédemment ne se rencontrerait plus. Le mandataire ne pourrait en effet refuser de laisser au mandant, au nom duquel il a traité, le bénéfice de l'opération si celle-ci est avantageuse; le mandant ne saurait dès lors refuser de l'accepter du moment qu'elle lui est offerte aux conditions fixées par lui. Le mandataire a excédé il est vrai les limites de ses pouvoirs, mais le fait même qu'il a traité expressément pour le compte d'autrui écarte toute idée de spéculation suspecte et fait présumer, au contraire, qu'il a cru agir au mieux des intérêts de son commettant; s'il s'est trompé et accepte d'en subir les conséquences, ce dernier n'a aucune objection à élever, et le mandataire peut avoir un intérêt sérieux à

ne pas essuyer un refus de ratification de la part du mandant.

*c)*. Non seulement les pertes qui proviennent de l'exécution même du mandat doivent être supportées par le mandant pour le compte duquel on agit, mais ce dernier aux termes de l'art. 2000 « doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ».

Pothier, nous l'avons vu, admettait ce droit à une indemnité pour les pertes dont le mandat était la cause, non pour celles dont il était l'occasion. Le Code civil n'a pas reproduit la même distinction et a admis une solution plus large que celle adoptée par le guide habituel du législateur de 1804; il s'est rangé à l'avis de ceux de nos anciens auteurs qui se montraient plus favorables au mandataire, et sa solution libérale se justifie fort bien par cette considération que la plupart du temps le mandat est gratuit, il est accepté surtout dans l'intention de rendre service, il est donc juste que celui qui consent d'une façon désintéressée à agir pour le compte et au profit d'autrui n'en éprouve aucun préjudice.

On a rapproché la disposition de l'art. 2000 de celle de l'art. 1892 en matière de société, d'après laquelle l'associé qui agit pour le compte de la société doit être indemnisé des risques inséparables de sa gestion. Ces deux textes ont-ils une

portée différente ? et le mandataire doit-il être traité plus favorablement qu'un associé, dans l'appréciation des accidents à lui personnels qui peuvent lui donner droit à une indemnité ? Les termes de la loi le donnent bien à supposer en exigeant dans un cas que les risques soient « inséparables » de la gestion, dans l'autre en demandant seulement que la perte soit survenue « à l'occasion » de cette gestion ; et ce fait que le mandat est avant tout gratuit tandis que l'associé agit autant dans son intérêt que dans celui de la société, suffit à justifier une différence de traitement abandonnée d'ailleurs à l'appréciation des tribunaux.

Vu :
*Le professeur président de la thèse,*
L. GUILLOUARD.

Vu :
*Le doyen de la Faculté,*
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
*Le recteur de l'Académie de Caen,*
E. ZEVORT.

# TABLE DES MATIÈRES


Pages.

INTRODUCTION . . . . . 5

PREMIÈRE PARTIE. — *Effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure.*

CHAPITRE I^er^. — De l'effet libératoire du cas fortuit et de la force majeure en général . . . . . 12

CHAPITRE II. — De la perte de l'objet de l'obligation . . . 25

SECTION I^re^. — Obligations de donner . . . . . 25

§ 1^er^. — Obligations de donner portant sur un corps certain. . . . . 25

§ 2. — Obligations de donner portant sur des choses de genre. . . . . 38

SECTION II. — Obligations de faire . . . . . 40

SECTION III. — Obligations alternatives . . . . . 48

SECTION IV. — Obligations facultatives. . . . . 60

CHAPITRE III. — Que faut-il entendre par cas fortuit, force majeure . . . . . 61

§ 1^er^. — Du cas fortuit et de la force majeure en général 61

§ 2. — De la distinction entre le cas fortuit et la force majeure . . . . . 82

CHAPITRE IV. — De la preuve du cas fortuit et de la force majeure . . . . . 97

DEUXIÈME PARTIE. — *Des risques* . . . . . 115

CHAPITRE I^er^. — Des conventions relatives aux risques . . 117

SECTION I^re^. — De la clause expresse . . . . . 117

§ 1^er^. — Des risques mis à la charge du débiteur . . . 117

§ 2. — Des risques mis à la charge du créancier. . . 129

Section II. — De l'estimation de la chose due . . . . . 143
Section III. — De la clause pénale . . . . . 154
CHAPITRE II. — De la faute et de la demeure ayant précédé le cas fortuit . . . . . 162
§ 1er. — De la faute. . . . . 162
§ 2. — De la demeure . . . . . 163
CHAPITRE III. — Des risques dans les contrats unilatéraux 177
CHAPITRE IV. — Des risques dans les contrats synallagmatiques . . . . . 184
CHAPITRE V. — De la vente. . . . . 195
Section Ire. — Du cas fortuit antérieur à la formation du contrat de vente . . . . . 196
§ 1er. — De la perte de la chose vendue antérieure à la vente. . . . . 196
§ 2. — Promesses unilatérales de vente et d'achat. . . 202
Section II. — Du cas fortuit postérieur à la formation du contrat de vente . . . . . 209
§ 1er. — Vente pure et simple. . . . . 210
I. Portant sur un objet déterminé. . . . 210
II. Vente de choses de genre . . . . . 251
III. Vente alternative . . . . . 263
IV. Vente sur surenchère d'un immeuble hypothéqué. . . . . 269
§ 2. — Vente conditionnelle. . . . . 273
I. Vente sous condition suspensive. . . . 273
II. Vente sous condition résolutoire. . . . 284
§ 3. — Vente des choses qu'il est dans l'usage de goûter; vente à l'essai . . . . . 299
§ 4. — Vente avec arrhes. . . . . 304
Section III. — Du cas fortuit postérieur à l'exécution du contrat de vente. . . . . 308
§ 1er. — De la garantie pour éviction et vices cachés. 308
I. Garantie pour éviction. . . . . 308
II. Garantie pour vices cachés. . . . . 323
§ 2. — De la rescision de la vente pour cause de lésion. 329
§ 3. — Vente d'un immeuble à charge de rente foncière. 336
CHAPITRE VI. — De l'échange . . . . . 340
CHAPITRE VII. — Du louage . . . . . 353

SECTION I^re. — Du louage des choses. . . . . 354
§ 1^er. — Du louage des meubles et des immeubles en général. . . . . 354
§ 2. — Du louage partiaire. . . . . 381
§ 3. — Du cheptel . . . . . 386
§ 4. — Du bail emphytéotique. . . . . 390
SECTION II. — Du louage de travail. . . . . 395
§ 1^er. — Du louage d'ouvrage. . . . . 395
§ 2. — Du louage de services. . . . . 408
§ 3. — Du contrat de transport . . . . . 423
CHAPITRE VIII. — De la société. . . . . 441
CHAPITRE IX. — Du mandat. . . . . 471

8176 — Caen — Imprimerie Ch. VALIN, 7 et 9 rue au Canu

TOVJOVRS AVANT